Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

Caroline Sanselme Vieira

CADE X Judiciário

Estudo sobre a revisão judicial das decisões do CADE no contexto da globalização

Mestrado em Direito

São Paulo

2008

Caroline Sanselme Vieira

CADE X Judiciário
Estudo sobre a revisão judicial das decisões do CADE no contexto da globalização

Dissertação apresentada à banca examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, sob a orientação da Profa. Rosa Maria de Andrade Nery

Mestrado em Direito

São Paulo

2008

Banca examinadora:

1._____

Professor(a)

2._____

Professor(a)

3._____

Professor(a)

São Paulo, __ de _____ de 2008.

"O povo odeia e xinga o comerciante que esconde a mercadoria para conseguir preços mais altos; mas abençoa e ama a quem vende o alimento barato na hora da necessidade" (Provérbios, XI, 26).

Para a honra e glória do meu Senhor.

À memória de meu pai, de quem aprendi que a única coisa realmente salva do risco ou destruição é a educação que recebemos.

Agradecimentos

À Profa. Rosa Nery, que depois de lecionar direito civil por cinco anos para minha turma na Pontifícia Universidade Católica, aceitou generosamente o desafio de orientar-me nesta dissertação.

Agradeço à Fernanda Chuster, amiga de todas as horas, pelo apoio e carinho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação do direito da concorrência brasileiro com o Poder Judiciário.

Antes de adentrar no cerne do trabalho - a revisão judicial das decisões do CADE - o presente estudo faz uma retrospectiva da legislação constitucional e infraconstitucional econômica brasileira. Em seguida, analisa os dispositivos constitucionais relacionados à ordem econômica vigentes e a atual Lei de Defesa da Concorrência atual (Lei 8.884/94).

Estuda-se então com minúcia o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: suas funções, processos, institutos e, em especial, as características das suas decisões. O Poder Judiciário é tratado logo depois, por meio de análise da jurisprudência que revisou as decisões do CADE até o momento.

Aborda-se ainda a revisão das decisões dos órgãos de defesa da concorrência no direito comparado.

Antes de concluir a dissertação, discutem-se os pontos positivos e negativos da revisão judicial e a conclusão consiste em possíveis soluções que eliminam a insegurança jurídica que o tema provoca entre nós em vista da globalização dos mercados.

ABSTRACT

The scope of the present study is to review the relationship between the Brazilian Competition Law and the Judiciary Branch.

Before looking into its core -- which is the revision of CADE's decisions by the judicial courts – this study examines the development of Brazilian constitutional and infraconstitutional economic law since its first steps up to current days. Afterwards, it carefully observes the constitutional articles related to the present economic order and the Brazilian Competition Law (Law 8884/94).

The Brazilian System of Competition Defense is then thoroughly studied, including its functions, proceedings, rules, and especially the main characteristics of CADE's decisions. The Judiciary Branch is dealt with right after that, under a review that contemplates case laws or decisional opinions, the object of which have been CADE's decisions.

Also considered in this study is the review of decisions taken by foreign competition agencies in comparative jurisprudence.

The positive and negative aspects of the judicial review are addressed before a conclusion is reached, which consists of proposing some possible solutions to put an end to the legal insecurity caused by this matter in Brazil in light of market globalization.

Sumário

1. Introdução 16

2 O histórico do direito da concorrência no Brasil

2.1 O conceito do direito econômico e do direito da concorrência 18

2.2 As Constituições brasileiras e a ordem econômica.....27

2.2.1 A Constituição de 1824.....29

2.2.2 A Constituição de 1891.....30

2.2.3 A Constituição de 1934.....31

2.2.4 A Constituição de 1937.....35

2.2.5 A Constituição de 1946.....38

2.2.6 A Constituição de 1967.....41

2.2.7 A Constituição de 1988 - Os arts. 173 e 174 da Constituição Federal de 1988: Justiça Social.....44

2.3 Histórico da legislação de defesa da concorrência infraconstitucional 49

3. A Lei 8.884/94 e seus ditames constitucionais 64

3.1 Liberdade de iniciativa.....64

3.2 Livre concorrência.....67

3.3 Função social da propriedade.....70

3.4 Defesa do consumidor.....72

3.5 Repressão ao abuso do poder econômico.....74

3.6 A lei como meio de implementação de políticas públicas e a sua finalidade de atingir a justiça social.....75

4. A coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94.....81

4.1 Conceito de coletividade.....81

4.2 Os interesses protegidos pela Lei de Defesa da Concorrência: concorrentes x consumidores.....84

5. O CADE

5.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.....88

5.1.1 A função repressiva do CADE.....89

5.1.1.1 O processo administrativo.....93

5.1.1.2 Poderes de investigação.....95

5.1.1.3 Acordo de leniência.....96

5.1.1.4 Medida preventiva 98

5.1.1.5 Compromisso de cessação.....99

5.1.2 A função preventiva do CADE.....101

5.1.2.1. O Compromisso de Desempenho.....105

5.2.2.2. Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação e Medida Cautelar.....108

5.2 Natureza jurídica do CADE.....111

5.3 As características das decisões do CADE.....115

5.3.1 Ato administrativo vinculado e discricionário 118

5.3.2 Termos indeterminados 122

5.4 A revisão das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo.....125

5.4.1 A abrangência do art. 50 da Lei 8.884/94 125

6. O Poder Judiciário

6.1 Princípio da inafastabilidade da jurisdição.....127

6.2 A revisão judicial das decisões do CADE 129

6.2.1 Competência e foro.....137

6.2.2 O depósito judicial das multas – arts. 65 e 66 da Lei 8.884/94.....138

6.2.3 Análise da jurisprudência 139

6.2.3.1. Decisões do Judiciário que confirmaram a decisão do CADE.....140

A. Processos administrativos – infração contra a ordem econômica – função repressiva

A.1 Cartel – Postos e Sindicato de Pernambuco.....140

A.2. Cláusula de exclusividade - Unimed Mogiana.....142

A.3. Cláusula de exclusividade - Unimed Ponta Grossa.....145

A.4. Cartel - White Martins.....146

A.5 Cartel - companhias aéreas.....148

A.6. Fraude contra licitação - Marítima e EISA - Estaleiros Ilha S.A.....149

A.7. Cartel - postos de combustíveis e sindicato de Lages, Santa Catarina.....150

A.8. Cartel das britas - Pedreira Cachoeira, Embu, Reago, Basalto e Itapiserra.....152

A.9 Taxa de segregação e entrega de Contêineres (THC2) - operadores portuários do Porto de Santos/SP.....160

B. Atos de concentração - função preventiva

B.1. Multa por intempestividade - Sino dos Alpes Alimentos e Itália Salumi.....162

B.2. Multa por intempestividade - Enersul.....164

B.3 Venda de ativos para a aprovação - Cia. Vale do Rio Doce.....165

B.4. Restrição à operação - Projeto Gemini.....168

B.5. Cláusula de exclusividades – Duty-Free Shop.....170

6.2.3.2 Decisões do Judiciário que reverteram a decisão do CADE.....173

C. Atos de concentração - função preventiva

C.1. Desconstituição da operação - Nestlé/Garoto.....173

D. Análise.....175

7. A visão do Direito Comparado 178

7.1 A União Européia

7.1.1 Panorama do sistema de defesa da concorrência 178

7.1.2 A revisão das decisões dos órgãos de defesa da concorrência na União Européia.....180

7.2 Estados Unidos da América

7.2.1 Panorama do sistema de defesa da concorrência.....183

7.2.2 A revisão das decisões dos órgãos de defesa da concorrência dos Estados Unidos da América.....184

8. Conclusão

8.1 Identificação da problemática brasileira e possíveis soluções 186

8.2 Importância e influência da efetividade das decisões do CADE em uma economia globalizada 193

9. Referências bibliográficas 195

9. Abreviaturas utilizadas

Art. – artigo

A.C. – Ato de Concentração

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal de 1988

DOJ - *Antitrust Division of the Department of Justice* (EUA)

FTC - *Federal Trade Commission* (EUA)

P.A. – Processo Administrativo

SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

SNDE - Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RevIBRAC – *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional* – IBRAC

TRF – Tribunal Regional Federal

Vieira, Caroline Sanselme. CADE X Judiciário – Estudo sobre a revisão judicial das decisões do CADE no contexto da globalização. São Paulo, 2008. 208 p. Tese (mestrado em Direito) – área de concentração: relações econômicas internacionais, Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação do direito brasileiro de defesa da concorrência com o Poder Judiciário.

Serão estudados nesta dissertação as possibilidades, os limites e os poderes do Judiciário de rever as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O CADE, autarquia federal independente, é considerado tribunal judicante cujas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo. Comportam-na, entretanto, no âmbito do Poder Judiciário?

Além de abordar os eventuais obstáculos legais a possibilidade de o Judiciário rever as decisões do CADE, o trabalho confrontará os pontos positivos e negativos dessa revisão.

Para contextualizar o estudo, partimos de uma breve descrição do histórico do direito da defesa da concorrência no Brasil e no mundo.

Depois, no capítulo 3, estudamos a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (Lei 8.884/94) e todos os princípios constitucionais diretamente relacionados a esse ramo do direito.

O capítulo 4 concentra-se no estudo do titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94: a coletividade. Também abordaremos a relação do consumidor com a concorrência e a diferença entre a proteção do consumidor e a do mercado.

Procede-se, no capítulo 5, a um exame criterioso do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, explicando a sua composição, seu funcionamento, seus institutos, etc. Analisam-se as características das decisões do CADE, sua natureza jurídica e a sua revisão dentro do próprio Poder Executivo.

O foco do capítulo 6 será o Poder Judiciário. Estudaremos os princípios constitucionais da separação dos três poderes e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, após o que apreciaremos a possibilidade de revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário, seus limites e formalidades legais. No final do capítulo, examinaremos a jurisprudência ainda incipiente nos tribunais brasileiros.

O último capítulo, de número 7, trata da questão no direito comparado: a visão do direito norte-americano e europeu sobre a revisão das decisões dos seus órgãos antitruste.

Não se pretende na conclusão apresentar a solução definitiva do conflito, senão analisar os pontos positivos e negativos da questão, já que os efeitos de um tema de tamanha importância refletem-se diretamente na economia brasileira e nos investimentos estrangeiros feitos no Brasil.

2 O Histórico do Direito da Defesa da Concorrência no Brasil

2.1 O Conceito do direito econômico e do direito da concorrência

Existem inúmeras definições de direito econômico, mas convergem todas em que se trata do ramo de direito com normas de conteúdo econômico, as quais regulam as relações econômicas de forma a propiciar a realização da política econômica do Estado.

O Prof. Washigton Peluso[1] entende o direito econômico como a juridização da política econômica[2], ou seja, a regulação das relações econômicas. As normas, de conteúdo econômico, teriam o objetivo de defender e harmonizar os interesses individuais e coletivos de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica, por meio do que ele denominou *princípio da economicidade*[3].

---

[1] *Primeiras linhas de direito econômico*. p.23.

[2] Política econômica, segundo Leonor Cordovil, "significa a existência de uma ação do Estado abrangendo diversas variáveis econômicas, com a fixação de objetivos globais, no interior e ao lado dos quais desdobram políticas de natureza variada". Sentido que será utilizado neste estudo para definir direito econômico (*A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. p.166).

[3] O Prof. Peluso confere à noção de economicidade dois sentidos específicos: um para seu "entendimento" e outro para sua "função": "1. Quanto ao seu 'entendimento', é habitualmente portadora do significado de 'medida do econômico'. Em sentido 'econômico', é considerada como expressão de 'equilíbrio' na 'relação custo-benefício', ou, se preferirmos, 'sacrifício-prazer', sendo este último obtido em função do primeiro. Tal sentido provém da filosofia hedonista, em verdade inspiradora das decisões tomadas e consideradas no mais amplo espectro. O tema é abordado, nesse conceito, em termos das 'atitudes de valoração', que permitem assumir as mais diversas espécies de 'valores'. (...) 2. Quanto a 'função', a economicidade afirma-se como instrumento de interpretação e decisão para harmonizar dispositivos ideológicos originariamente passíveis de contradição, mas que, adotados e admitidos pelo legislador constituinte, passam a ter convivência indiscutível, sob pena de se revelar para a admissão de 'insconstitucionalidade' da própria Constituição, o que significaria o abalo da Lei Magna em seus próprios alicerces. A 'economicidade', no sentido funcional, é tratada, pois, como instrumento hermenêutico pelo qual a flexibilidade, a maleabilidade, a revisibilidade e a mobilidade das opções se impõem ao direito moderno, de modo geral e, especialmente, nas Constituições correspondentes aos regimes políticos mistos ou plurais. Interessa sobremodo ao Direito Econômico, pela própria natureza político-econômica do seu objeto" (*Primeiras linhas de direito econômico*. p.29 e 32).

Modesto Carvalhosa também usa o termo *economicidade* para definir o direito econômico. Carvalhosa entende que o direito econômico "é o conjunto de normas que, com conteúdo da economicidade, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins cometidos pela Ordem Econômica"[4].

Segundo o Prof. Eros Grau pensar Direito Econômico é pensar o Direito como mediação das relações econômicas, é não resumir o Direito ao Direito formal:

> "Pensar Direito Econômico é pensar o Direito como um nível do todo social – nível da realidade, pois - como mediação específica e necessária das relações econômicas. Pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que a realidade jurídica não se resume ao Direito formal. É concebê-lo – o Direito Econômico – como um novo método de análise, substancial e crítica, que o transforma não em Direito de síntese, mas em sincretismo metodológico. Tudo isso, contudo, sem que se perca de vista o comprometimento econômico do Direito, o que impõe o estudo da sua utilidade funcional"[5].

João Bosco Leopoldino da Fonseca[6] afirma que o direito econômico é o conjunto normativo que rege as medidas de política econômica do Estado, como também a Ciência que estuda aquele sistema de normas voltadas para a regulação da política econômica.

Já Fábio Konder Comparato entende o direito econômico como meio do Estado contemporâneo de realizar a sua política econômica[7]. No entanto, a sua definição se aproxima das demais mencionadas acima à medida que o Estado realiza sua política econômica por meio de normas jurídicas.

---

[4] *Direito Econômico*. p.361.
[5] *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p.137 e 138.
[6] *Direito Econômico*. p.25.
[7] *Apud* GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). Malheiros, 2004, p.139.

Para Sérgio Varella Bruna, o Direito Econômico é fundamentalmente o direito da intervenção do Estado na Economia[8]. Essa definição tampouco não se distancia das demais, pois a intervenção do Estado é feita por meio de política econômica implementada por normas jurídicas.

Embora muitos autores ainda discordem da autonomia do direito econômico como ramo do Direito[9], afirmando que este estaria vinculado ao direito administrativo, comercial ou penal, a própria Constituição Federal em seu art. 24, I, afirma a sua existência quando estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre direito econômico[10]. Tal entendimento é também defendido pelo Prof. Eros Grau:

> "Não pretendo – é evidente – nesta oportunidade, no alinhamento dos argumentos que se seguem, postular a preferência, dogmatizada, por esta ou aquela das suas perspectivas de consideração. Já não tem mais razão de ser o debate, academicamente despropositado, a respeito da 'existência' do Direito Econômico. Argumentação que negue já de há muito é qualificável como do mesmo teor daquela segundo a qual só argumenta com princípios jurídicos aquele que não encontra Direito a fundamentar a sua pretensão. Essa 'existência' entre nós é hoje afirmada em sede constitucional – art. 24, I, da Constituição de 1988.
> Pois justamente a prescrição neste preceito contemplada é que impõe alusão ao tema. A que Direito – 'direito econômico' – refere o texto constitucional, ao afirmar a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para, concorrentemente, sobre ele legislarem?"[11].

Eros Grau ainda declara que o que caracteriza o direito econômico como ramo do Direito é a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da política econômica[12].

---

[8] *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. p.168.
[9] Para Fernando Herren Aguillar o direito econômico não é ramo do Direito, nem disciplina setorial, mas termômetro da economia capitalista: "Em síntese, o Direito Econômico não é um ramo do Direito, nem pode ser considerado, nos dias que correm, uma disciplina setorial. Ele tem sido considerado pela doutrina como um fenômeno decorrente da presença intensa do Estado na regulação do mercado, mas é aqui tido como preexistente a esse fenômeno. O Direito Econômico é aqui entendido como termômetro sensível da organização capitalista da economia, cujas oscilações se refletem sobre o conteúdo da disciplina e, por vezes, sobre sua forma" (*Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. p.27).
[10] "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;"
[11] A *ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p.136.
[12] *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p.139.

Outro fato atual que comprova não só a sua autonomia como a sua importância é que o Direito Econômico já está incluído na grade curricular de diversas faculdades, inclusive na PUC-SP e na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Não se nega, no entanto, a sua profunda relação com as demais matérias mencionadas, mas ressalta-se que o direito econômico tem a sua visão própria dos fatos jurídicos. Várias frentes do direito podem ter uma norma com conteúdo econômico, mas cada vertente analisará esse conteúdo de forma específica.

Ao direito administrativo, por exemplo, compete a criação e a organização das entidades que administram o Estado. Contudo, a partir do momento em que essas entidades, tais como a sociedade de economia mista e as empresas públicas, passam a atuar como sujeitos da atividade econômica ou como instrumentos da política econômica, entramos no terreno do direito econômico. Sobre a diferença entre direito administrativo e direito econômico, convém ler a opinião de Modesto Carvalhosa:

> "as regras de Direito Administrativo não visam conduzir o seu destinatário a um determinado comportamento econômico, mas simplesmente o levam, obrigatoriamente, a percorrer um *inter juris* necessário e eficiente para a legitimação da atividade (...). Falta às normas próprias do Direito Administrativo o sentido instrumental impositivo de uma determinada CONDUTA da entidade NO MERCADO, por isso que não têm um conteúdo de economicidade que é próprio do Direito Econômico"[13].

Leonor Cordovil afirma que o Direito Administrativo fornece ao Direito Econômico as instituições de que ele precisa para implementar as políticas econômicas, como, por exemplo, as

[13] *Apud* AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. p.18.

autarquias. Apesar de as instituições serem criadas pelo Direito Administrativo, será a política econômica que definirá o seu papel. Cordovil conclui que o Direito Administrativo desempenha papel instrumental em relação ao Direito Econômico, oferecendo-lhe instituições para a realização das políticas econômicas do Estado[14].

O direito comercial, por sua vez, regulamenta a atividade do empresário, trata dos institutos jurídicos relacionados à vida empresarial; já o direito econômico disciplina a política econômica que gere o mercado em que o empresário atua, imprimindo o ritmo e a direção que a economia deve tomar.

Ao direito penal compete tipificar os crimes, delitos e contravenções e prever penalidades para tais ilícitos. Por exemplo, a Lei 8.137/90 em seu art.4º, inciso VI, estabelece que é crime vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência, sob pena de reclusão, de dois a cinco anos, ou multa. O mesmo fato é configurado infração contra a ordem econômica prevista no art. 21, inciso XVIII, da Lei 8.884/94: "vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo", sob pena da aplicação de multa variando de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa que praticou a infração, dentre outras penas. Ou seja, o ilícito econômico também está sujeito a sanções penais, pois é considerado crime, mas isso não significa que o direito econômico seja reduzido ao penal, mas antes impõe a interligação das disciplinas jurídicas.

Se o direito econômico é um instrumento para a implementação das políticas públicas econômicas, como exposto acima, o direito da concorrência, como ensina a Profa. Paula

[14] *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. p.86.

Forgioni15, é uma técnica do Estado para implementar tais políticas por meio da repressão ao abuso de poder econômico e da tutela da livre concorrência. Portanto, não há o que negar: o direito da concorrência é uma faceta do direito econômico, in verbis:

> "É essa a proposta deste estudo, que somente pode ser atingida partindo-se da identificação e sedimentação dos fundamentos do antitruste (ou do direito antitruste, tomados ambos, neste trabalho, como uma *técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso de poder econômico e a tutela da livre concorrência*.
> (...)
> O antitruste já não pode ser visto apenas como um arranjo inteligente de normas destinado a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis, criados pelo próprio mercado, mas, ao contrário, deve ser encarado como um instrumento de implementação de políticas públicas"[16].

Sérgio Varella Bruna também compartilha desse entendimento. Bruna entende que a disciplina de repressão aos abusos de poder econômico e a tutela da concorrência enquadram-se no Direito Econômico, sem dúvida[17].

Heloisa Carpena, citando Gerard Farjat, afirma que o direito da concorrência é a maior e melhor expressão do direito econômico. O direito da concorrência, para Carpena, disciplina as formas de intervenção do Estado no domínio econômico, tendo por fim garantir a competição entre as empresas no mercado ou ainda "constitui o conjunto de regras jurídicas que disciplina a disputa travada no mercado, entre agentes econômicos que buscam – concomitantemente – criar e manter clientes[18]".

Portanto, pode-se concluir, no mesmo sentido da opinião de Amanda Flávio de Oliveira, que

---

[15] *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 91.
[16] *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 23 e 24.
[17] *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. p.168.
[18] *O consumidor no direito da concorrência*. p. 22.

nenhum ramo do Direito encontra-se preparado para recepcionar o Direito da Concorrência como o Direito Econômico[19].

Em relação à conceituação do direito da concorrência, Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas entendem que, por ser um campo do direito relativamente novo, ainda não há consenso, seja no direito nacional como no comparado. *Data maxima venia*, não concordamos com a posição desses ilustres doutrinadores[20].

Isabel Vaz define o direito da concorrência como o "conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência[21]".

Fábio Nusdeo define o direito da concorrência nos mesmos moldes que Vaz: "legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico – princípios da base da ordem econômica constitucional brasileira[22]". Concordamos com o posicionamento do ilustre Prof., apenas com a ressalva de que o direito da concorrência não se resumiria à legislação, pois é composto de outras fontes materiais e formais.

---

[19] "Nem o Direto Penal nem o Direito Administrativo, ou qualquer outro ramo da ciência jurídica que se observe, encontra-se atualmente tão preparado para recepcionar o direito da concorrência como o Direito Econômico. As características particulares de suas normas, a especificidade de seus princípios informadores e seus conceitos representam o campo propício para o desenvolvimento da concorrência" (*O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. p. 8)

[20] *Direito e Economia da concorrência*. p.28.

[21] *Direito Econômico da Concorrência*. p.243

[22] *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. p. 63.

Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas[23], apesar de afirmarem que não há consenso sobre a conceituação do direito da concorrência, também apresentam a sua definição:

> "(...) poder-se-ia conceituar direito da concorrência como o conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade[24]".

Andrea Macera, atual Coordenadora-Geral de Concorrência Internacional da SEAE, entende que o direito da concorrência "não é um fim em si, mas um meio para criar uma economia eficiente, na qual os consumidores dispõem de maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis, desfrutando de um nível máximo de bem-estar econômico"[25].

Há ainda aqueles doutrinadores que defendem a divisão do direito da concorrência em dois ramos, a exemplo de Gilberto de Abreu Sodré Carvalho: em direito concorrencial privado e público[26].

No entanto, é preciso registrar que alguns doutrinadores não concordam com a filiação do direito

---

[23] Importante lembrar a diferença entre *direito* da concorrência e *política* de concorrência, conforme acertadamente Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas fizeram em sua obra: "Há quem utilize como sinônimos as expressões direito da concorrência e política da concorrência (*competition policy*), mas o correto é distingui-los. Hoekman e Mavroidis definen direito da concorrência como '*o conjunto de regras e disciplinas mantidas pelos governos com o objetivo de contratacar tentativas para monopolizar o mercado'*, geralmente diz respeito ao comportamento de entidades privadas ou empresas, opondo à política de concorrência, que eles caracterizam como o conjunto de medidas utilizadas pelos governos para intensificar, valorizar o desafio dos mercados, inibindo tanto ações privadas como governamentais." (*Direito e economia da Concorrência*. p. 25.)

[24] *Direito e Economia da concorrência*. p.29.

[25] *A Interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução?*. Documento de Trabalho nº. 36, de dezembro de 2006, disponível em www. fazenda.gov.br/seae

[26] Carvalho defende que o direito concorrencial é privado, conforme os arts. 170, incisos II, III e IV da CF, que seria um direito comercial entre concorrentes, em contraste com o tradicional direito comercial entre os comerciantes. Seriam artigos de ordem privada, de proteção dos empresários entre si e frente ao Estado. O direito concorrencial público seria manifestado no art. 173. § 4º, da CF como garantidor da livre concorrência, bem público. Mas essa discussão foge ao escopo do presente trabalho (*Responsabilidade Civil Concorrencial – Introdução ao Direito Concorrencial Privado*. p. 4.).

da concorrência ao direito econômico, incluindo-o em outros ramos do direito, como: (i) o direito administrativo; (ii) o direito administrativo-econômico; e (iii) o direito penal-econômico[27].

Considerando que o direito da concorrência sofre influência e é interligado às inúmeras outras facetas do Direito, o ex-Procurador do CADE, Dr. Sidio Rosa de Mesquita Junior, afirma que, embora esteja no campo do direito econômico, compõe-se o direito da concorrência de normas de natureza mista: administrativa, processual e penal:

> "Em face dos preceitos contidos na Lei nº 8.884/94, é coerente a afirmação de que ela contém medidas mistas, uma vez que a mesma tem evidente caráter administrativo (como regra geral, a norma trata do aspecto administrativo da intervenção do Estado na atividade econômica dos administrados), processual (altera regras de cunho eminentemente processuais como, verbi *gratia*, o preceito contido no art. 86) e penal (cria novo tipo penal ex vi o disposto no art. 85). Acredita-se que a norma deve conter matéria que reside em um único ramo do direito, **mas admite-se a criação de normas mistas, as quais devem prevalecer no campo do Direito Econômico**. Assim, conforme demonstramos, a Lei nº 8.884/94 enfoca aspectos do Direito Penal-Econômico e outros relativos à intervenção administração na ordem econômica, caracterizando medida de cunho essencialmente administrativo" (negritos acrescentados) [28].

Esse posicionamento está correto; essa natureza mista das normas do direito concorrencial pode ser observada facilmente por meio de uma simples leitura da Lei 8.884/94, quando é possível identificar que vários de seus dispositivos alteraram a Lei penal 8.137/90, o Código de Processo Penal, o Código de Defesa do Consumidor:

> "Art. 85. O inciso VII do art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 4º .....
> .....

[27] Conforme posicionamento de Franceschini "(...) poderia o Direito Antitruste ser definido como sendo o ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito constitucional da livre concorrência, em prol da coletividade nacional" (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Ensaios reunidos. São Paulo: Singular, 2004, p. 185).

[28] *Do compromisso de cessação e suspensão do processo.*, Revista de direito econômico do CADE nº. 24 de julho/dezembro de 1996.

> VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.
> ....."
> Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."
> Art. 87. O art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescendo-se-lhe os seguintes incisos:
> "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
> .....
> IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;
> X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços."
> Art. 88. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:
> "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
> .....
> V - por infração da ordem econômica."
> Parágrafo único. O inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a ter a seguinte redação:
> "Art.5º .....
> .....
> II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
> .....".

Portanto, conclui-se que o direito da concorrência faz parte do direito econômico, embora tenha reflexo e íntima conexão com os demais ramos do direito.

2.2 As Constituições brasileiras e a ordem econômica

O presente item estuda como o tema "ordem econômica" foi tratado ao longo da história na ordem constitucional brasileira. Não foi incluída nesta dissertação a análise de legislações anteriores à Constituição de 1824, porque a ordem econômica muito pouco ou quase nada foi disciplinada antes dessa data. Antes dessa época, o mercado nacional era abastecido por produtos estrangeiros, não havendo, portanto, concorrência alguma com o mercado nacional. Não havia

também nenhuma medida protecionista que favorecesse o desenvolvimento da indústria brasileira de forma competitiva[29].

Conforme lição de Eros Grau, o estudo de uma Constituição não pode ser feito "em tiras", no entanto, o escopo deste capítulo é apenas identificar como o tema ordem econômica foi tratado em cada Constituição, sua evolução e suas alterações até a legislação atual.

Antes, porém, de passar à análise das Constituições brasileiras, cabe aqui definir o sentido da expressão "ordem econômica". Eros Grau[3031] afirma que ela é rica em ambigüidade e cita Vital Moreira para enumerar três de seus significados possíveis:

(i) modo de determinada economia concreta de ser empírica; conceito de fato e não conceito normativo ou de valor; relação entre fenômenos econômicos e materiais;

(ii) expressão que designa o conjunto de normas, qualquer que seja a sua natureza, que respeitam à regulação do comportamento dos agentes econômicos; é o sistema normativo da ação econômica;

(iii) ordem jurídica da economia.

---

[29] Entendimento corroborado pela Profa. Paula Forgioni. *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 106 e 107.
[30] *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p. 57 e 58.
[31] Convém também analisarmos a definição de ordem econômica dada pelo Prof. André Ramos Tavares, qual seja, significa a parte do sistema normativo que regula as relações econômicas que ocorrem em um Estado, seria, pois a "ordem jurídica da economia": "Ordem econômica é a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma um sistema econômico" (*Direito Constitucional Econômico*. p.82.).

O sentido de ordem econômica que este estudo abordará é o último acima enumerado, o de ordem jurídica da economia[32]. É O conjunto de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica, como parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza determinada ordem econômica (mundo do ser)[33].

2.2.1 A Constituição de 1824

A Constituição de 1824, também conhecida como a Constituição do Império, foi influenciada pelas idéias iluministas, as quais pregavam que a economia deveria regular-se sozinha, pelas leis naturais, cabendo ao Estado apenas garantir o funcionamento natural dessas leis[34]. Eram as idéias de Adam Smith sendo postas em prática.

Exemplo da incorporação dessas idéias liberais é o inciso XXII, do art. 179, no qual a Constituição estabelece que o direito de propriedade é garantido em "toda a sua plenitude".

---

[32] Cabe notar que Eros Grau defende que a expressão ordem econômica não é usada no seu sentido de ordem jurídica nas Constituições, mesmo na atual Constituição Federal de 1988, citando como exemplo o art. 170 que ao mencionar ordem econômica não se refere ao mundo do dever-ser, mas do ser, das relações econômicas: "Na Constituição de 1988. no art. 170, *caput*, tal qual ocorre em relação às Constituições de 34 e 46 e 67-69, 'ordem econômica' designa realidade do mundo do ser; a Carta de 1937 somente usa a expressão como título que engloba seus arts. 135 a 155. Em todas elas, de qualquer forma, no quanto a expressão apresenta alguma utilidade, só a apresenta na medida em que indica o local, na Constituição, no qual se irá encontrar disposições – que – repito no seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica (mundo do ser)" (*A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p. 78 e 79.) Tendo em vista que o escopo desse trabalho não é analisar o sentido da ordem econômica em cada Constituição Nacional, vamos fazer nesse item apenas uma análise descritiva do uso da expressão ordem econômica, ainda que abordada com sentidos diferentes, mesmo porque, respeitando-se entendimento contrário, o sentido da expressão ordem econômica como ordem jurídica ocorreu devido a evolução desse tema através das Constituições, refletindo a evolução do conceito de ordem econômica no sentido do mundo do ser.

[33] *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p.63.

[34] LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. p.106.

Encontramos nesse texto a primeira manifestação na ordem normativa nacional a liberdade de iniciativa: inciso XXIV, do art. 179: "Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e a saúde dos Cidadãos".

Apesar de ter essa Constituição consolidado a independência política do Brasil, o poder econômico ainda era proporcional ao poder político. Não tinham direitos a votos aqueles que não dispusessem de renda mínima anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego (art. 92, V)[35]. O mesmo acontecia para candidatar-se a uma vaga no Legislativo: só poderiam ser deputados, senadores e membros do Conselho da Província aqueles que possuíssem renda mínima de duzentos mil réis (art. 94, I)[36].

2.2.2 A Constituição de 1891

Essa Carta Magna consagrou o regime republicano e inseriu em seu texto dispositivos caracterizadores de uma Constituição econômica.

O Congresso passou, por exemplo, a ter competência privativa para regular o comércio internacional (art. 34, §5º)[37]. A União foi conferida competência para desenvolver a indústria e

[35] "Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes.
V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos."
[36] "Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se
I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego."
[37] "Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:
5º) regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, alfandegar portos, criar ou suprimir entrepostos;"

comércio: "animar, no país, o desenvolvimento das letras, artes e ciência, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e o comércio" (art. 35, §2)[38].

Nessa Constituição, a livre iniciativa é preservada ao garantir-se o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (art.72, § 24)[39].

No entanto, apesar de a Constituição de 1891 ter apresentado grande evolução política, em seu aspecto econômico muito devia ainda às idéias liberais.

2.2.3 A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 refletiu em seu texto as profundas alterações sociais ocorridas após a I Guerra Mundial. Nota-se uma incipiente busca da justiça social, por exemplo, quando se instituiu a Justiça do Trabalho, assegurando o amparo aos desvalidos, à maternidade, à infância dentre outras proteções. O Prof. André Ramos Tavares afirma que a Carta de 1934 reconheceu os direitos dos trabalhadores sem abandonar a livre iniciativa como princípio, portanto, de cunho liberal[40].

---

[38] "Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:
2º) animar no Pais o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais;"

[39] "Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial."

[40] *Direito Constitucional Econômico*. p. 108

Quanto ao seu aspecto econômico, embora antes de 1934 já existisse uma série de legislações econômicas, foi nessa Constituição que surgiu pela primeira vez um título dedicado à ordem econômica e social[41].

[41] "Da Ordem Econômica e Social
Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.
Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.
Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.
Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.
Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.
Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.
Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.
§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.
§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão.
§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.
§ 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.
§ 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromedicinais ou termomedicinais.
§ 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.
Art 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.
Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:
a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
f) férias anuais remuneradas;
h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do

empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.
§ 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos.
§ 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.
§ 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas.
§ 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.
§ 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos.
§ 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena.
§ 8º - Nos acidentes do trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso ex - offício .
Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.
Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.
Art 123 - São equiparados aos trabalhadores, para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social, os que exerçam profissões liberais.
Art 124 - Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração, que as tiver efetuado, poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria.
Art 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.
Art 126 - Serão reduzidos de cinqüenta por cento os impostos que recaiam sobre imóvel rural, de área não superior a cinqüenta hectares e de valor até dez contos de réis, instituído em bem de família.
Art 127 - Será regulado por lei ordinária o direito de preferência que assiste ao locatário para a renovação dos arrendamentos de imóveis ocupados por estabelecimentos comercial ou industrial.
Art 128 - Ficam sujeitas a imposto progressivo as transmissões de bens por herança ou legado.
Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.
Art 130 - Nenhuma concessão de terras de superfície, superior a dez mil hectares poderá ser feita sem que, para cada caso, preceda autorização do Senado Federal.
Art 131 - É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podem ser acionistas das sociedades anônimas proprietárias de tais empresas. A responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou noticiosa só por brasileiros natos pode ser exercida. A lei orgânica de imprensa estabelecerá regras relativas ao trabalho dos redatores, operários e demais empregados, assegurando-lhes estabilidade, férias e aposentadoria.
Art 132 - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes na proporção de dois terços pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos.
Art 133 - Excetuados quantos exerçam legitimamente profissões liberais na data da Constituição, e os casos de reciprocidade internacional admitidos em lei, somente poderão exercê-las os brasileiros natos e os naturalizados que

É também a primeira vez que um texto constitucional menciona a expressão "liberdade econômica": "Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a **liberdade econômica**" (sem ênfase no original).

Mas é no art. 116 que se identifica a regulação da atividade econômica, ao estabelecer que a União poderá monopolizar indústria ou atividade econômica por razões de interesse público.

---

tenham prestado serviço militar ao Brasil; não sendo permitido, exceto, aos brasileiros natos, a revalidação de diplomas profissionais expedidos por institutos estrangeiros de ensino.
Art 134 - A vocação para suceder em bens de estrangeiros existente no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do de cujus .
Art 135 - A lei determinará a percentagem de empregados brasileiros que devam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria.
Art 136 - As empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão:
a) constituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros;
b) conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais.
Art 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.
Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:
a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
b) estimular a educação eugênica;
c) amparar a maternidade e a infância;
d) socorrer as famílias de prole numerosa;
e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.
Art 139 - Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinqüenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.
Art 140 - A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais.
Art 141 - É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.
Art 142 - A União, os Estados e os Municípios não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos.
Art 143 - A lei providenciará para concentrar, sempre que possível, em um só Ministério, o projeto e a execução das obras públicas, excetuadas as que interessam diretamente à defesa nacional.

O constituinte de 1934 perdeu aqueles ideais liberais muito marcantes nas Constituições anteriores. Percebeu ele que, para o cidadão ser livre economicamente, cumpre assegurar-lhe direitos sociais, a ser prestados pelo Estado, que se torna então direcionador da economia para garantir tais direitos sociais aos cidadãos.

2.2.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 ficou conhecida como "polaca", por ter sido imposta em termos semelhantes à da Polônia em 1935, apesar de não ter um capítulo dedicado à ordem econômica, confere esse título aos arts. 135 a 155[42].

[42] DA ORDEM ECONÔMICA
"Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estimulo ou da gestão direta.
Art 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.
Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:
a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam;
b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho;
c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa;
d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada;
f) nas empresas de trabalho continuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;
g) nas empresas de trabalho continuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo;

h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho;
i) dia de trabalho de oito horas, que poderá sér reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei;
j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno;
k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres;
l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;
m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;
n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.
Art 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.
Art 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.
A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.
Art 140 - A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público.
Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.
Art 142 - A usura será punida.
Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.
§ 1º - A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.
§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.
§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.
§ 4º - Independe de autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como, nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.
Art 144 - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.
Art 145 - Só poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas. Aos bancos de depósito e empresas de seguros atualmente autorizados a operar no País, a lei dará um prazo razoável para que se transformem de acordo com as exigências deste artigo.
Art 146 - As empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais deverão constituir com maioria de brasileiros a sua administração, ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência.
Art 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.
A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

Essa é a primeira Constituição que trata diretamente da intervenção do Estado no domínio econômico (art. 135). A intervenção seria legítima apenas para suprir as deficiências da iniciativa privada e coordenar os fatores de produção, assumindo o Estado maiores funções na condução da economia. Também é nesse artigo que se fala em competição, referindo-se à concorrência. O artigo estabelece que o Estado poderá interferir na economia para introduzir "no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação".

Surge também a previsão do crime contra a economia popular (art. 141), origem da atual legislação que prevê crimes contra a ordem econômica, a Lei 8.137/90. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado.

Importante notar que os dispositivos constitucionais da Constituição de 1937 surgem para proteger a economia popular, portanto, o consumidor, visão que se modificará no decorrer da evolução legislativa brasileira.

Art 148 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.
Art 149 - Os proprietários armadores e comandantes de navios nacionais, bem com os tripulantes, na proporção de dois terços devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticarem das barras, portos, rios e lagos.
Art 150 - Só poderão exercer profissões liberais os brasileiros natos e os naturalizados que tenham prestado serviço militar no Brasil, excetuados os casos de exercício legítimo na data da Constituição e os de reciprocidade internacional admitidos em lei. Somente aos brasileiros natos será permitida a revalidação, de diplomas profissionais expedidos por institutos estrangeiros de ensino.
Art 151 - A entrada, distribuição e fixação de imigrantes no território nacional estará sujeita às exigências e condições que a lei determinar, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos.
Art 152 - A vocação para suceder em bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal sempre que lhes não seja mais favorável o estatuto do *de cujus* .
Art 153 - A lei determinará a porcentagem de empregados brasileiros que devem ser mantido obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão e nas empresas e estabelecimentos de indústria e de comércio.
Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.
Art 155 - Nenhuma concessão de terras de área superior a dez mil hectares, poderá ser feita sem que, em cada caso, preceda autorização do Conselho Federal."

A Carta Magna de 1937 restringe, no seu art. 145, a atuação dos bancos e empresas de seguro, limitados a atuar somente se tivessem acionistas brasileiros. Restringe também a atuação de profissional liberal aos brasileiros natos ou naturalizados que tenham prestado serviço militar no Brasil.

Deve-se lembrar que a Constituição de 1937 foi permeada de ideais socialistas e muito pouco do seu texto foi posto em prática, já que o País na época era governado por de decretos-leis e vigorava o estado de emergência[43].

2.2.5 A Constituição de 1946

A Constituição de 1946 surgiu logo após terminar a ditadura brasileira e coincidiu com o fim da Segunda Guerra Mundial, razão por que seu texto é fortemente voltado à instituição da democracia.

Os ideais dessa Constituição são "neoliberais", em defesa dos princípios básicos do liberalismo político e econômico, mas são moldados pelas novas conquistas sociais e guiados pela nova postura do Estado perante o fenômeno econômico[44].

É na Constituição de 1946 que o capítulo da ordem econômica ganha nome: Da Ordem Econômica e Social[45]. Também é nessa Carta Magna que o princípio da justiça social é

[43] LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. p. 116.
[44] LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. p. 118.

[45] "Da Ordem Econômica e Social
Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.
Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.
Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.
Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.
Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.
Art 149 - A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos.
Art 150 - A lei criará estabelecimentos de crédito especializado de amparo à lavoura e à pecuária.
Art 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.
Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.
Art 152 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.
Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.
§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.
§ 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.
§ 3º - Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo.
§ 4º - A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxiliará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas.
Art 154 - A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei.
Art 155 - A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.
Parágrafo único - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros (art. 129, nº s I e II).
Art 156 - A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.
§ 1º - Os Estados assegurarão aos posseiros de terras devolutas, que nelas tenham morada habitual, preferência para aquisição até vinte e cinco hectares.
§ 2º - Sem prévia autorização do Senado Federal, não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dez mil hectares.
§ 3º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.
Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:
I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

mencionado explicitamente pela primeira vez (art. 145): “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. A justiça social é vista como ponto de equilíbrio entre o capital e o homem.

II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
III - salário do trabalho noturno superior ao do diurno;
IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar;
V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei;
VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
VII - férias anuais remuneradas;
VIII - higiene e segurança do trabalho;
IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente;
X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;
XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria;
XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;
XIII - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;
XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;
XV - assistência aos desempregados;
XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;
XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.
Parágrafo único - Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios.
Art 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.
Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.
Art 160 - É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, sejam políticas ou simplesmente noticiosas, assim como a de radiodifusão, a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Nem esses, nem pessoas Jurídicas, excetuados os Partidos Políticos nacionais, poderão ser acionistas de sociedades anônimas proprietárias dessas empresas. A brasileiros (art. 129, nº ^{s} I e II) caberá, exclusivamente, a responsabilidade principal delas e a sua orientação intelectual e administrativa.
Art 161 - A lei regulará o exercício das profissões liberais e a revalidação de diploma expedido por estabelecimento estrangeiro de ensino.
Art 162 - A seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes ficarão sujeitas, na forma da lei, às exigências do interesse nacional.
Parágrafo único - Caberá a um órgão federal orientar esses serviços e coordená-los com os de naturalização e de colonização, devendo nesta aproveitar nacionais.”

O dispositivo da Constituição de 1934 que estabeleceu o monopólio da União na indústria ou na atividade econômica por razões de interesse público ainda é mantido no art. 146, como forma de intervenção no domínio econômico.

A função social da propriedade também aparece explícita pela primeira vez no texto dessa Constituição em seu art. 147, que condicionou o uso da propriedade ao "bem-estar social".

Influenciado pela legislação norte-americana antitruste, o art. 148 prevê a repressão a toda forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, de qualquer natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. A redação do artigo já estava bem próxima da atual, prevendo que as grandes corporações poderiam exercer abusivamente seu poder de mercado.

2.2.6 A Constituição de 1967-69

A ideologia da Constituição de 1967 é de segurança nacional, já que essa Carta Magna surgiu logo após a Revolução Militar de 1964. A ordem econômica e social têm por fim o desenvolvimento nacional e a justiça social[46].

Essa Carta estabeleceu ainda os princípios constitucionais que regeriam a ordem econômica, quais sejam: a liberdade de iniciativa; a valorização do trabalho como condição da dignidade

[46] LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. p.122.

humana; a função social da propriedade; a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; o desenvolvimento econômico e a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros47.

---

[47] Da Ordem Econômica e Social
Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
I - liberdade de iniciativa;
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
III - função social da propriedade;
IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;
V - desenvolvimento econômico;
VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.
§ 1º - Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da divida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinqüenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.
§ 2º - A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.
§ 3º - A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.
§ 4º - A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.
§ 5º - Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros, de notável saber e Idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.
§ 6º - Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.
§ 7º - Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.
§ 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.
§ 9º - Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.
§ 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.
§ 11 - A produção de bens supérfluos será limitada por empresa, proibida a participação de pessoa física em mais de uma empresa ou de uma em outra, nos termos da lei.
Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:
I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;
II - salário-família aos dependentes do trabalhador;
III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;
IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno;

V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos;
VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos;
VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
VIII - férias anuais remuneradas;
IX - higiene e segurança do trabalho;
X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;
XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário;
XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais;
XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;
XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;
XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;
XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;
XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho;
XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos;
XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei;
XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;
XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º.
§ 1º - Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.
§ 2º - A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei.
Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei.
§ 1º - Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.
§ 2.º - É obrigatório o voto nas eleições sindicais.
Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:
I - obrigação de manter serviço adequado;
II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.
Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.
§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.
§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a, participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.
§ 3º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.
§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.
Art 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.
Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.
§ 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

Importante notar que a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, que constava como artigo autônomo na Constituição de 1946, nesta tornou-se princípio norteador da ordem econômica.

2.2.7 A Constituição de 1988 - os arts. 170, 173 e 174 da Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 foi apelidada pelo saudoso deputado Ulisses Guimarães como Constituição cidadã, devido à importância conferida ao cidadão brasileiro. O texto, para Guimarães, deve ser interpretado com base em seus fundamentos e princípios. Na atual Constituição foi adotado um regime mais liberal do que o anteriormente vigente, no qual reiterou-se o sistema capitalista de economia descentralizada.

---

§ 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.
§ 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.
Art 164 - A lei federal disporá sobre, as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família.
Parágrafo único - Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.
Art 165 - A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.
Parágrafo único - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros natos.
Art 166 - São vedadas a propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radio difusão:
I - a estrangeiros;
II - a sociedade por ações ao portador;
III - a sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto os Partidos Políticos.
§ 1º - Somente a brasileiros natos caberá a responsabilidade, a orientação intelectual e administrativa das empresas referidas neste artigo.
§ 2º - Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção.

No seu art. 1º, foram estabelecidos os seus fundamentos: (i) a soberania; (ii) a cidadania; (iii) a dignidade da pessoa humana; (iv) os valores sociais do trabalho e **da livre iniciativa** e (v) o pluralismo político.

Na Constituição de 1988, o tema "ordem econômica" ganha novo título - "Da ordem econômica e financeira" – e os temas relativos aos direitos sociais passam a serem tratados em título específico.

O primeiro artigo desse novo título - o art. 170 - define a estrutura geral do ordenamento jurídico econômico, estabelecendo como princípios a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente. O art. 170 estabelece ainda as finalidades da ordem econômica, que são assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social[48]:

> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003)
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego;
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95)
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

[48] LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. p.126.

O Prof. Leopoldino, ao comentar o art. 170, frisa acertadamente que tais princípios estabelecidos constituem a ideologia que deve direcionar as normas jurídicas:

> "A Constituição Federal de 1988 define os PRINCÍPIOS que presidem à atividade econômica no Título I e no Título VIII. Ao estabelecer os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, incorporam-se linhas de pensamento, uma ideologia a direcionar as regras. Ao enumerar os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente e de outros, não está o Constituinte emanando nenhuma ordem, nenhuma prescrição de conduta a ser adotada"[49].

Eros Grau entende que assegurar a todos a existência digna mencionada no *caput* do art. 170 corresponde a dinamizar as relações econômicas tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar[50].

Em relação ao termo *justiça social*, o mesmo doutrinador afirma ainda que, justa é aquela sociedade que põe em prática a mencionada justiça social. A justiça social analisada sob a ótica do direito econômico visa à superação das injustiças do produto econômico. Portanto, como ideologia constitucional, a justiça social passa a ser um fim perseguido pela política econômica brasileira, quando inserida no texto constitucional[51].

Justiça econômica, segundo o Prof. Peluso, é aquela que busca a justiça social, a qual vai além da justiça comutativa ou distributiva, porque entende cada elemento da realidade econômica conforme o princípio da responsabilidade dos atos praticados:

---

[49] *Direito Econômico.* p.49.
[50] *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* p.180.
[51] *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* p.200.

> "Na concepção de ordem jurídico-político-econômica, encontram-se os dados essenciais à idéia de 'justiça econômica', como se vê. E tal idéia vai além dos princípios da 'justiça comutativa' (*do ut das, facio ut facies*), ou da 'justiça distributiva', porque focaliza cada elemento da realidade econômica de acordo com o princípio jurídico da responsabilidade pelos atos praticados, ao mesmo tempo em que toma por contingente ideológico não o 'interesse pessoal' ou o 'interesse coletivo', cada um deles isoladamente, mas ambos inseridos no objetivo mais amplo da Justiça Social"[52].

Em relação ao princípio da soberania nacional mencionado no art. 170, ressalta-se que cumpre interpretá-lo não como soberania do ponto de vista político, mas econômico. Segundo o Prof. Leopoldino, a soberania de que trata o art. 170 é a soberania que impede que outros Estados venham a influenciar ou intervir na economia nacional impondo-lhe direcionamentos econômicos[53].

Quanto ao princípio da propriedade privada, vale ressaltar que se trata de um pressuposto do princípio da liberdade de iniciativa, sendo aquele conseqüência deste.

Os demais princípios mencionados no art. 170 - liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico - serão analisados no próximo capítulo de forma pormenorizada.

O art. 173 define as hipóteses de exploração direta de atividade econômica:

> "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)

[52] *Primeiras linhas de direito econômico.* p.188
[53] *Direito Econômico.* p.127.

> I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
> II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
> III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
> IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
> V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores."
> § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
> § 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.
> § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.
> § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. "

Importante notar que a repressão ao abuso do poder econômico, mero artigo na Constituição de 1946, virou princípio na Constituição de 1967 e passou a constar apenas como parágrafo do art. 173. Contudo, isso não significa que a sua importância atual tenha sido diminuída.

O art. 174 define a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica[54]:

> "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
> § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.
> § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.
> § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.
> § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei."

[54] Leopoldino tem a mesma interpretação do art. 174: "No artigo 174 estão estabelecidas as funções do Estado, que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá as funções de fiscalização, incentivo, e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (*Direito Econômico*. p. 72).

Miguel Reale Júnior observa que "esta atuação do Estado como agente normativo ou regulador é de ser concretizada com respeito aos princípios que regem a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 CF)[55].

Por fim, pode-se concluir que a Constituição vigente não deixa dúvidas de que a concorrência também é um instrumento para atingir um bem maior: "assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social". Nesse sentido, a concorrência não é um fim em si mesma e pode ser afastada quando for necessário para atingir a justiça social, conforme as políticas públicas econômicas a que o Estado visar.

2.3 Histórico da legislação de defesa da concorrência infraconstitucional

O primeiro texto normativo brasileiro relacionado ao direito de defesa da concorrência foi o Decreto 869/1938, que definia os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Importante relembrar que o Decreto 869/1938 surgiu na vigência da Constituição Federal de 1937, que também continha dispositivos que visavam à proteção da economia popular.

O art. 2º do Decreto tipificava como crime diversas práticas anticompetitivas, tais como acordo entre concorrentes, açambarcamento de matéria-prima, etc., práticas hoje igualmente condenáveis pela legislação vigente (Leis 8.884/94 e 8.137/90). Confira-se o teor do referido artigo:

[55] REALE JUNIOR, Miguel. *apud* MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 657.

> "Art. 2º São crimes dessa natureza:
> I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo;
> II - abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;
> III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;
> IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;
> V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;
> VI - provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer ouro artifício;
> VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;
> VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;
> IX - gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, oom ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;
> X -fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.
> Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000$000 a 50:000$000."

No entanto, não havia órgão específico para punir tais crimes ou fiscalizar o andamento do mercado. Tal órgão só surgiria em 1945, por meio da criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica, instituída pelo Decreto-lei 7.666/1945, no governo Vargas.

A CADE era um órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República. A Comissão era presidida pelo Ministro da Justiça e Negócios

Interiores e compunha-se de: a) Procurador-Geral da República; b) Direto-Geral; c) um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; d) um representante do Ministério da Fazenda; e) um representante das classes produtora e distribuidoras e f) um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência. Os atos praticados pela CADE eram equiparados aos dos Ministros de Estado.

A CADE poderia, quando verificado qualquer dos atos considerados no art. 1º[56] do Decreto-lei considerados contrários à economia nacional, notificar as empresas para que, dentro de um prazo determinado, tal prática tivesse fim. Caso as empresas não cumprissem a determinação, a CADE determinaria a intervenção.

Ficava vedado a empresas de determinados setores fundir-se, incorporar-se, transformar-se ou agrupar-se de qualquer modo ou dissolver-se sem a autorização prévia da CADE. Incluíam-se

---

[56] "Art. 1º Consideram-se contrários aos interêsses da economia nacional:
I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre emprêsas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:
a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras emprêsas;
c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;
II – os atos de compra e venda de acervos de emprêsas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;
III – os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de emprêsas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;
IV – a paralisação, total ou parcial, de emprêsas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprêgo em massa de empregados, trabalhadores ou operários;
V – a incorporacão, fusão, transformação, associação ou agrupamento de emprêsas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma emprêsa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.
Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra "empresa",abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos."

nesses setores os estabelecimentos bancários; empresas que tinham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios; que operassem em seguros e capitalização; as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea; empresas editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade; as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos; as indústrias de tecidos e calçados; as empresas de mineração; as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública.

O Decreto-lei 7.666/1945, contudo, foi revogado no mesmo ano da sua promulgação, em 1945.

A legislação seguinte - a Lei 1.521/1951 - alterou os dispositivos da legislação sobre crimes contra a economia popular, mas passou quase despercebida, sem importância no contexto brasileiro. O único dispositivo de maior relevância foi o art. 3º[57], que enumerava os crimes contra a economia popular, muito semelhantes aos já previstos no art. 2º do Decreto 869/1938[58].

---

[57] "Art. 3º - São também crimes desta natureza:
I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;
II - abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;
III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;
IV - reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;
V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;
VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;
VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;
VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;
IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas

Agamêmnon Magalhães[59], considerado de forma unânime pelos doutrinadores como o pioneiro do antitruste no Brasil, apresentou um projeto de lei sobre defesa da concorrência ao Congresso Nacional em 1948, transformado em lei apenas em 1962: Lei 4.137/62. A Lei foi fortemente influenciada pela legislação norte-americana.

A CADE, a partir da promulgação da Lei 4.137/62, transformou-se no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico. O Conselho era composto de um Presidente e mais quatro membros, nomeados pelo Presidente da República. O Presidente do CADE exercia o cargo como Delegado do Conselho de Ministros e era exonerado quando o Conselho assim decidisse. O mandato dos demais membros era de quatro anos, sendo renovada a sua composição pela 4ª parte anualmente e permitida uma recondução.

---

de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;
X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas."

[58] Acertadamente, a Professora Paula Forgioni destaca que no Brasil é muito difícil analisar a evolução das legislações referentes as normas de defesa da concorrência, pois a inúmeras leis protegendo diversos interesses, dentre os quais, os relevantes para essa análise: "No Brasil, não é tarefa fácil para o jurista sistematizar a evolução histórica das normas antitruste, perdidas em um cipoal de diplomas, em que se protegem os mais diversos interesses, apenas mediatamente compatíveis." (FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. – 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: RT, 2005, p. 125)

[59] Como bem ressaltado pela Profa. Paula Forgioni, Agamêmnon Magalhães, ministro de Getúlio Vargas, é considerado de forma unânime pelos doutrinadores como o pioneiro do antitruste no Brasil. Combatia principalmente o poder econômico do capital estrangeiro passível de colocar em xeque a soberania e a estabilidade brasileiras. (*Os Fundamentos do Antitruste*. p. 117)

O art. 2º da Lei 4.137/62 estabelecia diversas formas condenáveis de abuso de poder econômico, tais como:

(i) a dominação de mercado, por exemplo, por meio de acordo entre empresas, por qualquer forma de concentração ou, ainda, a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa;

(ii) elevação sem justa causa dos preços com a finalidade de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção;

(iii) provocação de condições monopolísticas ou exercício de especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de destruição ou inutilização de bens de produção ou de consumo; açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima; retenção, em condições de provocar escassez, de bens de produção ou de consumo; e utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;

(iv) formação de grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de discriminação de preços, fixação discriminatória ou venda casada e

(v) exercício de concorrência desleal por meio de exigência de exclusividade para propaganda publicitária e combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

Uma grande inovação dessa Lei foi o fato de a repressão ao abuso de poder econômico ter perdido seu caráter penal e passado a ter natureza administrativa[60].

A existência de abusos do poder econômico era apurada por meio de processo administrativo instaurado pelo CADE. Averiguações preliminares apurariam a necessidade de instauração do respectivo processo administrativo provocado por representação.

Os condenados tinham prazo de dez dias para informar ao CADE se tomariam ou não as medidas que o Conselho determinara para pôr fim ao abuso do poder econômico apurado. Em caso de recusa, o CADE requereria imediata intervenção nas empresas condenadas. Se os condenados declarassem que tomariam as medidas, o CADE procederia com investigações para verificar a cessação ou não do abuso do poder econômico apurado.

O CADE, já no modelo da Lei 4.137/62, tinha função semijurisdicional, e, apesar da denominação "Conselho", nunca teve função opinativa, consistia apenas num tribunal administrativo cujas competências envolviam poderes de investigação sobre práticas restritivas do comércio[61].

---

[60] ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. p. 62.
[61] AGUILLAR, Fernando Herren. Direito *Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. p.143.

Ressalta-se que um dos principais empecilhos para a eficácia da Lei 4.137/62 foi a atuação do Poder Judiciário, que, com o pretexto de salvaguardar as garantias individuais dos cidadãos, suspendia os efeitos das decisões do Conselho por meio de mandados de segurança impetrados pelas empresas sancionadas em âmbito administrativo[62]. Esse risco permanece no sistema atual, caso faltem integração e entendimento entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o Poder Judiciário, fato adiante discutido.

Em 1990, foi promulgada a Lei 8.137/90, que tipificou como crime os atos praticados contra a ordem econômica. Em seus arts. 4º, 5º e 6º[63], estabelece os crimes contra a ordem econômica e prevê pena de reclusão de um a cinco anos ou multa[64].

---

[62] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 137

[63] "Art. 4° Constitui crime contra a ordem econômica:
I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:
a) ajuste ou acordo de empresas;
b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.
II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.
III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;
IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;
V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;
VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;
VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.
VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.
Art. 5° Constitui crime da mesma natureza:

No ano seguinte, foi editada a Lei 8.158/1991, que alterou a Lei 4.137/62. O CADE passou a funcionar junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SNDE), que lhe dava suporte administrativo e de pessoal.

A SNDE era competente para apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Pela primeira vez, surge na legislação a expressão "infração à ordem econômica". O art. 3º da Lei 8.158/1991 definia como infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de: (i) dominar mercado de bens ou serviços; (ii) prejudicar a livre concorrência ou (iii) aumentar arbitrariamente

---

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;
II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;
III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;
IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.
Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.
Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.
Art. 6° Constitui crime da mesma natureza:
I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;
II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;
III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa."

[64] OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência, 1º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.21.

os lucros, ainda que os fins visados não fossem alcançados. Essa redação está muito próxima da redação do art. 20 da Lei 8.884/94, vigente nos dias de hoje.

Também como na Lei 8.884/94, o art. 3º da Lei 8158/1991 estabelecia exemplos de infração à ordem econômica, quais sejam:

> "I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos;
> II - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
> III - dividir os mercados de produtos acabados ou semi-acabados, ou de serviços, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
> IV - fixar ou praticar, em conluio com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
> V - regular mercados mediante acordo visando a limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção e a distribuição de bens e serviços;
> VI - dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços;
> VII - recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviço, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais;
> VIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
> IX - dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar o mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa;
> X - impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
> XI - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavoura ou plantações, com o fim de dificultar ou impedir a concorrência ou obter lucro arbitrário;
> XII - destruir, inutilizar ou açambarcar sem justificada necessidade, matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir ou inutilizar equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los, transportá-los, ou dificultar a sua operação;
> XIII - vender mercadoria ou prestar serviços sem margem de lucro, visando à dominação do mercado;
> XIV - importar ou exportar mercadoria ou comercializá-la abaixo do preço praticado no país exportador em prejuízo de concorrente com estabelecimento no Brasil;
> XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
> XVI - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas;
> XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta lei;
> XVIII - agir ou omitir-se, em conluio com concorrentes, mediante condutas paralelas cuja finalidade ou efeitos tipifiquem quaisquer das práticas indicadas nesta lei."

Mais uma inovação da Lei 8158/1991, mantida pela legislação atual, é a apreciação inicial pela SNDE dos processos administrativos, que - após a emissão de relatório final opinativo - encaminhava o processo ao CADE, para julgamento final.

A Lei 8.158/1991, em seu art. 12, previu, pela primeira vez também, a possibilidade de a SNDE ou o CADE adotarem medidas preventivas quando houvesse fundado receio ou indício de que o representado, por si ou através de terceiro, causasse ou procurasse causar à livre concorrência ou ao direito de outrem lesão grave e de difícil reparação ou tornasse inócuo o resultado final do processo.

Por fim, a Lei 8.158/1991 estabeleceu como penalidades por infração a essa lei ou à Lei 4.137/62 a recomendação do CADE de desapropriar as empresas de suas ações ou quotas, mediante licitação ou por meio de bolsas de valores.

No entanto, segundo a Profa. Paula Forgioni, com o novo governo instalado em 1992, embora a atuação do CADE continuasse, sua finalidade foi desvirtuada em benefício da conveniência política, passando a ser um "*instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia*"[65].

Apenas em 1994 é que foi promulgada a Lei vigente de defesa da concorrência, Lei 8.884/94. Coube ainda ao CADE sua aplicação, mas, a partir de 1994, o Conselho se transformou em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal.

---

[65] *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 143.

O CADE atualmente é composto por seis Conselheiros e um Presidente, escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado. O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução. Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva e não admitem acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

O CADE também possui uma Procuradoria-Geral própria. Assim como os Conselheiros do CADE, o Procurador-Geral é indicado pelo Presidente da República, sabatinado e aprovado pelo Senado para um mandato de dois anos, passível de renovação.

O primeiro artigo da Lei 8.884/94[66] define as finalidades da Lei, quais sejam: a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica guiada pelos ditames constitucionais da (i) livre iniciativa; (ii) livre concorrência; (iii) função social da propriedade; (iv) defesa dos consumidores e (v) repressão ao abuso do poder econômico.

As Leis promulgadas após 1994 tratam de alterações à Lei 8.884/94 de menor relevância, tal como a Lei 9.021/1995, que dispunha sobre a implementação do CADE. Como até aquele momento o Presidente e os Conselheiros ainda não tinham sido indicados pelo Presidente e sabatinados pelo Congresso, ficaram mantidos os mandatos do Presidente, dos Conselheiros e

66 "Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico."

do Procurador nomeados na vigência da Lei 8.158/1991. Foi estabelecido que, enquanto não fossem nomeados os dois Conselheiros adicionais previstos na Lei 8.884/94, o CADE deliberaria por maioria simples de votos, com a presença mínima de quatro de seus membros.

A Lei 9.021/1995 estabeleceu que caberia ao Plenário do CADE a elaboração e aprovação de seu regimento interno. Inseriu o § 3º do art. 20, que estabeleceu que a posição dominante de empresa ou seu grupo é presumida quando estes controlam 20% do mercado relevante, dispositivo de suma importância para a repressão e prevenção das infrações contra a ordem econômica.

Essa Lei concedeu à SEAE maior participação na análise dos processos a serem julgados pelo CADE, permitindo a emissão de parecer sobre a matéria de sua especialização, se a Secretaria achar necessário, em processos administrativos e a exigir emissão de parecer na análise de atos de concentração.

Foi também a Lei 9.021/1995 que estabeleceu que os atos de concentração devem ser apresentados ao CADE no prazo de 15 dias úteis da sua realização. Por fim, a última alteração relevante dessa Lei foi condicionar a eficácia dos atos de concentração à aprovação do CADE.

Em 1997, a Lei 9.470/1997 fez uma única modificação importante na redação da Lei 8.884/94, estabelecendo que - em caso de encerramento de mandato dos Conselheiros – ficando a composição do Conselho reduzida a número inferior a cinco membros, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45,

46, parágrafo único, 52, § 2º, 54, §§ 4º, 6º, 7º e 10, e 59, § 1º, e suspensa a tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do quorum.

Entretanto, foi a Lei 10.149/2000 que modificou a Lei 8.884/94 de forma mais relevante.

Por ela ficou estabelecida a aplicação de multa em caso de (i) falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, no curso de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, no valor de R$ 500 (quinhentos reais) a R$ 10.700 (dez mil e setecentos reais) e em caso de (ii) impedimento, obstrução ou de qualquer outra forma dificuldade à realização de inspeção autorizada pela SDE ou SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo, no valor de R$ 21.200 (vinte e um mil e duzentos reais) a R$ 425.700 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais).

A Lei 10.149/2000 definiu que a SDE poderá promover averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para a instauração imediata de processo administrativo.

A alteração mais importante consistiu em prever inspeção e busca e apreensão na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada. Tal prática tem sido realizada freqüentemente nos dias atuais. Analisaremos detalhadamente os institutos referidos no item 5.1.1.2 adiante.

Outra alteração importantíssima foi a possibilidade de celebração do acordo de leniência, conhecido como *dilação premiada*. O acordo de leniência será estudado no item 5.1.1.3 adiante.

A última alteração da Lei 10.149/2000 que vale a pena mencionar foi a introdução do § 3º no art. 54 da Lei 8.884/94, estabelecendo que fossem incluídos entre os atos de concentração que devem ser submetidos à aprovação do CADE aqueles que visem qualquer forma de concentração econômica, seja por de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante ou ainda em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000 (quatrocentos milhões de reais).

A última modificação relevante à Lei 8.884/94 ocorreu em 2007, quando foi promulgada a Lei 11.482/2007, que permitiu celebrar compromisso de cessação não só em qualquer fase do processo administrativo, como previa sua redação antiga, mas em quaisquer espécies de processo administrativo, inclusive naqueles referentes à formação de cartel. Outra alteração relevante é a mudança de competência para a celebração do compromisso de cessação, antes da SDE e do CADE e agora apenas do CADE. O termo de cessação será detalhadamente estudado no item 5.1.1.5 adiante.

3. A Lei 8.884/94 e os seus ditames constitucionais

O art. 1º da Lei 8.884/94 estabelece a finalidade da Lei: dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da (i) liberdade de iniciativa, (ii) livre concorrência, (iii) função social da propriedade, (iv) defesa dos consumidores e (vi) repressão ao abuso do poder econômico.

Este capítulo analisará cada um dos ditames constitucionais que orientam a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira.

Importante notar que os ditames constitucionais norteiam a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência atual, mas não há hierarquia entre eles: o bem a ser protegido pela Lei é a coletividade, como veremos no capítulo 4.

3.1 Liberdade de iniciativa

A livre iniciativa, diferentemente da livre concorrência não foi consagrada no texto constitucional como princípio. No primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, a livre iniciativa consta como fundamento do Estado Democrático de Direito[67]. No art. 170, a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica. No entanto, a Lei 8.884/94 menciona a livre iniciativa como

67 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político." (negritos acrescentados)

ditame constitucional, mas, como será explanado abaixo, a livre concorrência e a livre iniciativa são institutos intimamente ligados.

Adentrando ao conceito de livre iniciativa, podemos afirmar sinteticamente que se trata de liberdade para o exercício da atividade econômica, abrangendo tanto empresas como indivíduos. Neste sentido é o entendimento de Natalino Irti[68], para quem que a liberdade de iniciativa é principalmente a liberdade de acesso, não somente a liberdade de promover atividade industrial, comercial ou financeira:

> "La libertà di iniziativa econômica non è soltanto libertà di promuovere o non promuovere un'attività industriale o comerciale o finanziaria, ma anche *libertà di acesso*, libertà di entrare in um certo campo di affari e di *competere com altri*."

Miguel Reale, ao definir livre iniciativa, vai além: entende que se trata da liberdade individual do plano de produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não só a livre escolha da atividade econômica, como também da atividade profissional. Essa liberdade incluiria ainda a escolha de meios e fins para a execução dos fins visados[69].

Fernando Herren Aguillar define o princípio da iniciativa privada como um direito do agente econômico em face do Estado, quando este terá de abster-se, enquanto o princípio da livre concorrência é um direito do agente perante outro agente econômico, que demanda a intervenção do Estado"[70].

---

[68] *L'ordine giuridoco del mercato*. p. 68
[69] REALE, Miguel *apud* GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)* p. 166.
[70] *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. p. 228.

João Bosco Leopoldino da Fonseca, por sua vez, afirmou que a livre iniciativa- antes uma liberdade total - passou a ser limitada constitucionalmente dentro de um enquadramento de mercado, no qual a livre concorrência deve prevalecer[71].

Sérgio Varella Bruna entende que é na faceta liberdade de iniciativa empresarial que o princípio da livre iniciativa assume maior relevância jurídica do ponto de vista prático, pois é garantida não só a liberdade de acesso ao mercado como a liberdade de permanência no mercado[72].

O Prof. André Ramos Tavares entende que a liberdade de iniciativa é constituída pela liberdade de trabalho (incluídos o exercício das mais diversas profissões), de empreender (incluindo o risco do empreendimento: o que produzir, como produzir, quanto produzir, qual o preço final) conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e comerciar. Tal liberdade estaria condicionada apenas a realização da justiça social e d bem-estar coletivo[73].

De tudo o que se arrolou, conclui-se que a livre iniciativa tal como inserida na nossa Constituição Federal não é admitida de maneira absoluta, mas unicamente em razão do seu valor social (CF, art. 1º, IV) e deve ser entendida no contexto de uma ordem econômica que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", e que deve respeitar toda uma série de princípios[74].

---

[71] *Direito Econômico*. p. 52.
[72] *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. p.134.
[73] *Direito Constitucional Econômico.* p. 241 e 242.
[74] COSTA, Maurício de Moura. *Princípios constitucional da livre concorrência*. p.8.

3.2 Livre concorrência

Pela ótica do saudoso Prof. Miguel Reale, a livre concorrência tem caráter instrumental; trata-se de princípio econômico de acordo com o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas do livre jogo das forças em disputa da clientela na economia de mercado[75].

André Ramos Tavares define a livre concorrência como "a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social"[76]. No entanto, o professor ressalta que a intervenção estatal deve manter as "regras do jogo", para garantir um equilíbrio mínimo entre os "jogadores", não deve prevalecer a liberdade pura.

Tércio Sampaio Ferraz Junior traz à baila outra faceta da livre concorrência: a de que esse princípio visa não só à existência de vários agentes econômicos concorrendo entre si, mas a existência de oportunidades iguais a todos eles, garantindo, por fim, uma sociedade mais equilibrada, *in verbis*:

> "A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação de preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre

[75] REALE, Miguel *apud* GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p.166.
[76] *Direito Constitucional Econômico.* p. 259.

> concorrência é a forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, por um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada." [77]

Segundo Ferraz o objetivo da livre concorrência é "é cuidar para que o desenvolvimento econômico ou técnico do sistema de mercado livre não seja comprometido por comportamento de agentes que possam levar a distorções, como o impedimento do afluxo de recursos a certos setores ou o bloqueio da possibilidade de expansão de concorrentes, ou a mera afirmação da prepotência econômica que, sem maiores justificações, seja manifestação de um poderio arbitrário, individualista e egoísta"[78].

Para Varella Bruna, a livre concorrência é a liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado ou de outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados[79]. Conclui ainda o autor que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios intimamente ligados, representam liberdades que não são absolutas, regradas pela justiça social, da existência digna e da valorização do trabalho humano. Bruna entende que a Constituição privilegia o valor social da livre iniciativa, ou seja, quanto ela pode expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a livre concorrência não é uma liberdade anárquica, mas limitada em razão de seu valor social[80].

---

[77] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio *apud* GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p. 194.
[78] *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. p. 365/366.
[79] *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. p.135.
[80] *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. p.136.

O Prof. Fábio Ulhoa Coelho também entende que os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa são conexos: todos têm direito de se estabelecer no exercício da atividade econômica, desde que o façam competitivamente. Mas afirma que a diferenciação entre livre concorrência e livre iniciativa não importa para a aplicação da Lei 8.884/94, pois, se alguma prática anticompetitiva atingir uma ou outra, as repercussões jurídicas serão as mesmas:

> "Há quem distinga entre a livre concorrência e a livre iniciativa, definindo a primeira como o princípio norteador dos limites desta última. Assim, afirma-se que todos têm direito de se estabelecer no exercício da atividade econômica, desde que o façam competitivamente. Para os fins operacionais da aplicação da legislação antitruste, não se tem maior importância a distinção entre livre concorrência ou liberdade de iniciativa. Se a limitação, falseamento ou prejuízo atingiu a liberdade de concorrer ou a liberdade de empreender, as repercussões jurídicas serão rigorosamente idênticas."[81]

O Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, por sua vez, afirma que o princípio da livre concorrência previsto pelo constituinte de 1988 é uma afirmação da adoção do regime de economia de mercado, o qual não existe sem esse princípio[82].

Embora os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa estejam intimamente interligados, não significa que um seja decorrência direta do outro. Segundo ensinamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o princípio da livre concorrência traduz a possibilidade de auto-regulação do mercado, mas da auto-regulação nem sempre decorre a livre iniciativa. Explica-se: o mercado auto-regulado pode vir a limitar a livre iniciativa, cabendo ao Estado intervir para implementá-la em sua totalidade em um contexto de livre mercado:

---

[81] *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94.* p. 56.
[82] *Direito Econômico.* p.128/129.

> "Mas isso não que dizer que livre mercado propicie imediatamente livre iniciativa. Há uma diferença entre as duas coisas – é dizer livre mercado, em certo sentido, deve ser neutro perante a livre iniciativa. Livre mercado, regido pelo princípio da livre concorrência, significa apenas, em um primeiro momento, a possibilidade de auto-regulação do mercado, que este se regula. Regular-se significa, entre outras coisas, que é no mercado que se formam os preços conforme as suas próprias regras e é no mercado que se dá a boa alocação de recursos. Nesse sentido é que o mercado se auto-regula. Mas dessa auto-regulação nem sempre decorre a livre iniciativa. O mercado auto-regulado pode, no limite, vir a cercear a livre iniciativa, e por isso há a proibição do abuso do poder econômico. E a livre iniciativa é mais forte no mandamento constitucional porque, além de ser fundamento da ordem econômica, é fundamento da República. Mas, se do livre mercado não decorre necessariamente a livre iniciativa, cabe ao estado proporcionar medidas capazes de implementá-la no contexto do livre mercado".[83]

Conclui-se, portanto, que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência representam uma restrição recíproca, isto é, a livre iniciativa encontrará seu limite na livre concorrência e a livre concorrência não existirá sem a livre iniciativa e, ainda, que o regime econômico definido pela nossa Constituição não poderia existir sem ambos.

3.3 Função social da propriedade

A propriedade mencionada na Lei 8.884/94 como princípio constitucional deve ser situada dentro do âmbito da ordem econômica. Não se trata da propriedade individual, mas das propriedades que importam para as relações econômicas: propriedade de bens e produção.

A função social da propriedade, na lição de Eros Grau, não constitui uma obrigação de **não fazer**, ou seja, de não exercer a propriedade em prejuízo de outrem, mas de **fazer**, isto é, de exercê-la em benefício de outrem, buscando os objetivos da ordem econômica estabelecidos no *caput* do art. 170: a existência digna conforme os ditames da justiça social[84].

---

[83] *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. p. 367.
[84] *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. p.222/223.

A mesma opinião é proferida por Fábio Nusdeo[85], que afirma que ao proprietário não cabe mais uma abstenção, mas uma ação, por meio da qual supostamente advirão benefícios à coletividade, como, por exemplo, a construção de um edifício ou a plantação em terrenos ociosos.

No entanto, a função social da propriedade deve ser exercida tanto pela ação como pela omissão[86]. Por exemplo, um terreno em condomínio para construção futura de uma casa de veraneio. Esse terreno não é dotado de função social, porque não está relacionado ao mercado como bem de produção. Assim, estar o terreno ocioso, não implica a perda de função social. A omissão do seu proprietário em construir edifício ou plantação não atinge o mercado. Ao contrário, se o proprietário de um vasto terreno em área de agricultura de milho não o utiliza para diminuir a quantidade de oferta do produto no mercado regional, assim elevando o preço do milho, deixa ele de fazer uso da propriedade dentro da sua função social e deve, portanto, ver o seu direito à propriedade privada restringido ou alterado.

A função social de vários institutos já vinha sendo incorporada às normas positivas, de onde nada mais normal que a propriedade também se revestisse dessa função. Assim, conclui-se que a Lei 8.884/94, quando definiu a função social da propriedade como ditame que nortearia a sua aplicação para à repressão e prevenção a ordem econômica, estabeleceu que toda a propriedade passível de relação econômica que venha interferir no mercado seja dotada de função social, ou

[85] *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. p. 210.
[86] A divergência dos professores mencionados constitui-se no entendimento de que nem sempre a não-utilização de uma propriedade violará a sua função social: um proprietário, ao utilizá-la de forma errônea ou simplesmente para atrapalhar a concorrência, tampouco estará cumprindo com a função social da propriedade. Portanto, a função social da propriedade não implica necessariamente seu uso.

seja, a sua utilização ou não deve ter como finalidade maior o interesse social, sobrepondo-se ao interesse individual.

3.4 Defesa do consumidor

A Lei 8.884/94 cita o consumidor em três artigos. O primeiro artigo a mencionar o consumidor é o art. 1º da Lei – objeto de estudo deste capítulo - elegendo como finalidade a sua defesa. O segundo é art. 27, inciso V[87], quando estabelece a dosimetria das penas aplicadas às infrações contra a ordem econômica, afirmando que, dependendo do grau de lesão ou perigo de lesão aos consumidores, a pena poderá ser agravada. O último artigo a mencionar o consumidor é o art. 54, em duas passagens: no § 1º, inciso II[88], quando estabelece que o CADE poderá autorizar atos que limitem ou prejudiquem a concorrência ou resultem na dominação de mercados relevantes, desde que os benefícios sejam distribuídos entre as empresas e os consumidores; no § 2º[89], que dispõe que os atos de concentração poderão ser aprovados, desde que atendidas pelo menos três das condições do parágrafo anterior e que não reste prejuízo ao consumidor.

Pela simples leitura da Lei 8.884/94 acima, constata-se que o direito do consumidor está intrinsecamente ligado ao direito da concorrência, o que não significa que o consumidor é o bem

[87] "Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:
V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros;"

[88] "Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.
§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o *caput,* desde que atendam as seguintes condições:
(...)
II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro".

[89] "§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final".

protegido pela lei e sua finalidade maior, conforme veremos com mais afinco nos itens 4.1 e 4.2 dirigidos ao estudo do bem jurídico protegido pela Lei de Defesa da Concorrência.

Como afirmado no início deste capítulo, os ditames constitucionais que norteiam a aplicação da Lei 8.884/94 não têm hierarquia e não se sobrepõem; são fatores que o aplicador da Lei - o CADE - deverá levar em consideração. O princípio da defesa do consumidor é um deles.

A Lei de Defesa da Concorrência tem papel muito importante na garantia dos direitos do consumidor, pois é pelo equilíbrio do mercado que ficam indiretamente asseguradas as garantias do consumidor[90].

Segundo Leopoldino da Fonseca, ter o constituinte de 1988 entendido a defesa do consumidor como um ditame constitucional orientador da Lei 8.884/94 reflete o reconhecimento do consumidor como um dos elos da economia de mercado, impondo ao Estado a sua proteção mediante adoção de políticas econômicas adequadas[91].

Assim, conclui-se que a defesa do consumidor é fator relevante na aplicação da Lei 8.884/94, uma vez que o consumidor é o elo final do mercado: as infrações contra a ordem econômica que

[90] "A Lei de Defesa da Concorrência, por sua vez, desempenha papel de suma importância na garantia dos direitos do consumidor e do equilíbrio do mercado. Através da livre concorrência são assegurados, por via indireta, o direito de escolha do consumidor e produtos de maior qualidade e menor preço. Além disso, a Lei 8.884/90, ao reprimir o aumento arbitrário de lucros protege diretamente o consumidor. (...) Finalmente, conclui-se que a defesa do consumidor e a livre concorrência, enquanto princípios imprescindíveis para a implementação de uma nova ordem econômica, pautada na justiça social e no desenvolvimento econômico, devem ser interpretados harmonicamente, tendo em vista sua intensa inter-relação." (GATTO, Ana Carolina dos Santos. *A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor*. p. 278/279.)

[91] *Direito Econômico*. p. 129.

vierem a prejudicar a concorrência, o mercado como um todo e causarem danos aos consumidores deverão ser punidas com mais rigor.

3.5 Repressão ao abuso do poder econômico

Não se pode interpretar a expressão "repressão ao abuso de poder econômico" de maneira isolada; importa analisar a expressão conjuntamente com o art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988[92], que estabelece a repressão ao abuso de poder econômico quando este vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Isto é, a detenção de poder econômico por si só não é condenável, mas tão-só se as citadas conseqüências econômicas ocorrerem.

Calixto Salomão[93] afirma que a repressão ao abuso de poder econômico tem duas características principais. A primeira delas é a garantia institucional de proteger a ordem econômica de quaisquer potenciais efeitos lesivos com base nos critérios objetivos definidos pela Constituição (dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros). A segunda característica traz a baila a discussão do papel que os agentes econômicos devem desempenhar. O abuso do poder econômico deve ser entendido como desvio da função do poder visando à obtenção de efeitos anticoncorrenciais. Entender o abuso como desvio de função equivale reconhecer nos agentes econômicos uma função social.

---

[92] "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
(...)
§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

[93] *Direito concorrencial: as condutas*. p. 110/111.

3.6 A Lei como meio de implementação de políticas públicas e a sua finalidade de atingir a justiça social

O Estado, conforme definido na Constituição de 1988, tem a função de direcionar a economia. Para tanto, deve utilizar determinados instrumentos jurídicos, que guiarão a conduta dos agentes econômicos para a implementação de certa política pública, como é o ensinamento da Profa. Paula Forgioni *in verbis*:

> "No desempenho dessa sua nova função de direção da economia, o Estado utiliza de instrumentos jurídicos que lhe permitem 'estabilizar, estimular e dirigir o rumo da sua economia sem apelar para a ditadura e substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo'. Esses instrumentos viabilizarão, mediante a direção do comportamento dos agentes econômicos, não apenas a preservação, mas a condução do mercado. Daí falarmos em técnicas de direção sobre o mercado, de que se utiliza o Estado em sua função de implementação de uma política pública."[94]

Aproveitando mais das lições da Profa. Forgioni, entendemos interessante transcrever a enumeração das técnicas de direção sobre o mercado expostas em sua obra. O Estado, no cumprimento de sua função de implementar políticas públicas econômicas, pode agir de três formas:

(i) ação por absorção: quando nenhum agente econômico poderá competir com o Estado em determinado mercado, por exemplo, monopólio estatal;

[94] *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 83.

(ii) ação por participação: quando o Estado desempenha atividade econômica típica de agente privado, competindo em condições iguais às dos demais agentes econômicos;

(iii) atuação por participação: quando o Estado atua em parceria com os agentes privados; e

(iv) ação por regulação do processo de produção: mediante atividade legislativa, que impõe regras de conduta para disciplinar a atuação dos agentes econômicos no mercado.

A atuação do Estado ao implementar políticas públicas que se estudam no direito da defesa da concorrência é a descrita no item (iv), quando o Estado intervém na economia. As normas de direito da concorrência são uma técnica de que se serve o Estado para implementar determinada política pública[95].

Daniel Goldberg, ex-secretário de Direito Econômico, também compartilha da visão do direito antitruste como instrumento para a implementação de política pública, mas em uma abordagem *welfarista*. Nessa abordagem, Goldberg pressupõe que o bem-estar deve ser o critério a partir do qual políticas públicas devem ser construídas e avaliadas: "(...) adotar o direito como instrumento

[95] Ressalta-se a diferenciação entre política de concorrência a regramento e concorrência feita por Daniel Goldberg, ex-secretário de Direito Econômico em sua obra: "Antes de tudo, é importante afirmar que o conceito de *política de concorrência* é distinto do de *regras da concorrência*. Nos termos deste texto, denominamos *política de concorrência* a conjunção de: (i) a prática das autoridades da concorrência e tribunais, que, interpretando e aplicando a conjunto de normas vigentes para perseguir determinado objetivo, confere um caráter dinâmico às regras antitruste, (ii) a edição de normas em abstrato que tenham impacto sobre mercados livres ou regulados (i.e. política legislativa) e, por último, (iii) aos critérios governamentais que pautam a alocação de recursos a uma ou outra prioridade, sobre as quais, discricionariamente, pode dispor qualquer autoridade de concorrência. Nesse contexto, define-se a política de concorrência como espécie de política pública" (*Poder de compra e política antitruste*. p. 28).

dessas políticas públicas exige uma análise funcional ampla: é preciso que cada instituto, norma ou decisão seja examinada à luz de seus efeitos concretos sobre o bem-estar"[96].

O ex-secretário acredita que a política antitruste tem de ser avaliada e construída a partir de seus efeitos sobre o bem-estar dos indivíduos, bem como da capacidade das autoridades antitruste em administrar arranjos superiores aos identificados originalmente como falhos. Nesse sentido, o objetivo da política antitruste deve ser maximizar o bem-estar agregado[97], "ponderando, em cada caso concreto, eficiências estáticas e dinâmicas, e privilegiando a solução que incremente riqueza e bem-estar social".

Maria Cecília Andrade também compartilha da opinião de que o direito da concorrência é acima de tudo um direito instrumental para a realização de políticas públicas. Afirma, no entanto, que "dependendo dos valores a serem defendidos em um determinado contexto histórico, social e econômico, o objetivo buscado pela 'política de concorrência' estará em constante mutação" [98]. Mas estar a política estar em constante modificação, afirma Andrade, "não significa que seja um processo aleatório ou sem direcionamento; pelo contrário, a política de defesa da concorrência integra hoje o conjunto de políticas de desenvolvimento de qualquer Estado moderno e sua aplicabilidade é considerada critério de atração para a iniciativa privada". Acreditamos que, embora a política pública da concorrência se transforme com o tempo, o texto constitucional garante os seus fundamentos.

---

[96] *Poder de compra e política antitruste*. p. 133.
[97] Goldberg diferencia o bem estar dos consumidores do bem estar agregado, o primeiro abrangeria os consumidores puros, o segundo bem-estar seria o dos produtores, somado ao dos consumidores.
[98] *Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94.* p.16 e 17.

Na discussão sobre direito da concorrência como instrumento de política pública, importante citar o entendimento do ex-conselheiro, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, proferido no voto do A.C. 08012.006762/2000-09 (entre Banco Finasa de Investimentos S.A., Brasmetal Indústria S.A. e Zurich Participação de Representações), de 28.11.2001, no qual ele diferencia Política de Estado e Política de Governo. O ex-conselheiro do CADE entende que o Conselho é órgão destinado a executar uma Política de Estado e não um Política de Governo, sujeita a mutações no nosso sistema:

> Um segundo aspecto da independência do órgão reside no fato de que, nos termos do art. 50 da Lei nº 8.884/94, "as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo".
> Assim, nenhum outro órgão ou autoridade administrativa, sequer o próprio chefe do Poder Executivo Federal, poderá rever as decisões do CADE. Nesse contexto, o Conselho é absolutamente soberano na interpretação e aplicação da legislação de defesa da concorrência.
> Tal aspecto reforça ainda mais a independência decisória do CADE, demonstrando, de forma definitiva, que o órgão é destinado a executar uma política de Estado (a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica) e não uma política de governo."

O Prof. Fábio Ulhoa Coelho vai além e afirma que um órgão administrativo em descompasso com a política pública econômica do governo, política essa escolhida pelo povo por meio da eleição, é a negação da vontade popular expressa nas urnas, *in verbis*:

> "Segundo o que se afirma dos mecanismos constitucionais de prevalência da vontade popular, ao eleger o Presidente da República, o povo opta por uma determinada forma de tratar o interesse público (traduzida no programa de governo ou até na inexistência de qualquer tipo de programa). Empossado na chefia do Poder Executivo, o eleito compõe a sua equipe de governo, inclusive a responsável pela implementação de política econômica sufragada nas urnas. Ora, a atuação de qualquer órgão administrativo em descompasso com essa política representa, em última análise, a negação da vontade popular expressa na eleição presidencial. Abstraindo-se da questão do efetivo exercício do poder, muito mais complexa do que faz crer a descrição desse mecanismo, fato é que, juridicamente, a atuação da autarquia antitruste deve estar harmonizada com a política do governo"[99].

[99] *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94*. p. 25.

Podemos resumir essa questão na afirmação de Natalino Irti: mercado, política e direito não inseparáveis. Segundo o jurista italiano, o mercado influencia a decisão política, a qual é expressa na lei[100]. Contudo, não podemos esquecer, que a ordem econômica definida pela Constituição Federal brasileira visa assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Dessa forma, o Estado, ao interferir no domínio econômico para regular a economia por meio do direito da concorrência implementado em suas políticas públicas, não poderá deixar de lado o escopo maior da Carta Magna para a ordem econômica: a justiça social.

Carlos Jacques Vieira Gomes, em seu trabalho sobre os escopos sociais do direito antitruste[101], entende que o direito da concorrência como instrumento de política pública deve resolver qualquer conflito entre os seus objetivos e efetivar o seu maior objetivo, que consiste em atingir a justiça social [102].

---

[100] Vale transcrever o ensinamento de Natalino Irti: "*Mercato, politica e diritto* non sono isolabili – come pur segue nella volgare quotidianità del discorso – giacché il mercato prende forma dalla decisione política, e questa si esprime in leggi. Coloro, Che invocano la legalità Del mercatom neasseriscono insieme laprofunda politicità, la necessita Del conformar-si secondo i contenuti della decisione política. Il violatore della norma infrange, a um tempo stesso, lascleta di política econômica: l'atto è *contrario al diritto e alla política* (quale, appunto, si consegnò al texto legislativo)." *L'ordine giuridoco del mercato.* p. 44/45

[101] As conclusões desse trabalho foram: "1 - O direito antitruste possui, como modalidade de escopo social, o de tutelar o valor social do trabalho e a busca do pleno emprego, escopo este que se reflete na aplicação de suas normas, considerando-se, em especial: (a) a busca da manutenção do nível de emprego por meio do controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, (b) a isenção antitruste conferida aos sindicatos e (c) a adoção da teoria da *failing company defense* como instrumento a justificar concentrações lesivas à concorrência em prol da tutela do emprego e da função social da propriedade. 2 - Representa escopo social do direito antitruste o de reduzir as desigualdades regionais. Nesse contexto, se a aprovação de uma dada concentração econômica levar à desativação de unidades fabris que, a despeito de inofensiva para o mercado relevante como um todo, puder causa sérias distorções na comunidade local, deverá o exercício do controle preventivo atentar para o problema, e assim utilizar-se de mecanismos hábeis, tais como a cisão parcial e/ou venda pública de ativos, com o fito de se evitar uma desigual distribuição social dos benefícios e malefícios provocados pela concentração econômica. 3 - A relevância social do produto ou serviço (tais como saúde, educação e serviços público) influi, em atenção ao escopo social do direito antitruste em promover a justiça social, na aplicação de mecanismos de controle mais coercitivos do exercício da liberdade de iniciativa econômico, como é o caso do controle de preços, a fim de se prevenir o provável exercício abusivo de poder econômico." (*Os escopos sociais do direito antitruste*. p.145 e 146.)

[102] *Os escopos sociais do direito antitruste*. p.145.

Nesse sentido, concluímos o capítulo afirmando que o direito da concorrência é sem dúvida uma forma de o Estado direcionar a economia, implementando através dele a sua política pública, que pode variar no contexto histórico, mas é garantida temporariamente pelos ditames constitucionais vigentes. E que as políticas públicas devem visar à justiça social, uma vez que o art. 170 da Constituição Federal, estabeleceu que a ordem econômica brasileira tem por finalidade assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Podemos resumir o capítulo na afirmação de Natalino Irti[103], para quem o Direito é a expressão da vontade política.

[103] Natalino Irti, em palestra sobre o TecnoDireito, proferida na USP, em São Paulo, em 24.04.2007, disse que o direito, ao menos na secular história do Ocidente, expressa a vontade política, as escolhas daqueles que assumem o governo da coisa pública. Da política, o direito não pode sair, desta ou daquela política (liberal ou autoritária, conservadora ou progressista); e, quando parece que dela se desliga e se livra, é apenas para abraçar uma outra política e a ela se entregar (grifo acrescentado).

4. A coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94

Um tema altamente controvertido no âmbito do direito da concorrência é a definição de quem é o titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94[104]. Este capítulo começa pelo estudo da letra da Lei que define a coletividade como o bem jurídico a ser protegido e examina em seguida quem são os componentes dessa coletividade.

4.1 Conceito de coletividade

Afirma o Prof. Peluso que o esse conceito de coletividade traz ao Direito um novo sujeito a ser defendido: a sociedade. Para o Professor, a coletividade protegida pela Lei de Defesa da Concorrência são "interesses metaindividuais", não são nem públicos nem privados, e dentro deles cabem tanto os interesses difusos e coletivos como os individuais coletivamente tratados. São os interesses das massas[105].

[104] "No Brasil, dado o que reza a legislação (Lei nº 8.884/94, art. 1º) quanto aos ditames que orientam a aplicação das disposições antitruste, muitos autores defendem a existência de diversos e simultâneos objetivos a serem perseguidos pela atuação estatal na esfera da concorrência". (HOLTZ, Ludmila Passos. *Bem-estar do consumidor – uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira*. p. 130).

[105] "Por sua vez, para o Direito Econômico, assume grande destaque o fato de se considerar a 'coletividade' como 'titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei' (Lei n.8.884 de 11.6.94). Assim é trazida para o Direito uma nova figura de 'sujeito', legitimando-se a sua defesa. A própria sociedade para a figurar como detentora da titularidade nas ações caracterizadas como 'coletivas'. Trata-se de 'interesses metaindividuais', nem públicos, nem privados, segundo ensina Cappelletti. Neles se enquadram tanto os 'interesses difusos e coletivos' quanto os 'individuais coletivamente tratados'. Correspondem 'às necessidades das massas', têm 'configuração coletiva, (são) caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste entre indivíduo-versus-indivíduo, nem do indivíduo-versus-autoridade, mas é típica das escolhas políticas. Em decorrência, surgem novas categorias de defesa dos seus direito sob a forma de associações, de organizações não-governamentais, que se colocam especialmente contra os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença ou inércia governamental, ou o despreparo do Judiciário." (*Primeiras linhas de direito econômico*. p. 161.)

José Carlos Martins Proença entende a coletividade como direito difuso, uma vez que, além de afetar a todos indistintamente (transindividuais), são também indivisíveis, tendo por titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato, sem existir entre elas uma relação jurídica-base no aspecto subjetivo:

> "Evidenciado, portanto, expressamente, pela Lei n. 8.884/94, que o mercado é um bem coletivo, ou seja, todas as pessoas são titulares do seu direto de proteção, tratando-se de um direito difuso, dada a sua transindividualidade, de natureza indivisível, sendo titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, sem relação jurídica-base no aspecto subjetivo.
> (...)
> Em razão desses dispositivos legais, pode-se chegar à conclusão de que a tutela de defesa da ordem econômica configura um direito difuso relativo a um mercado concorrencial de lucros não arbitrários. Trata-se de um direito difuso, uma vez que, além de afetar a todos indistintamente (transindividuais), são também indivisíveis, tendo por titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato, sem existir entre elas uma relação jurídica-base no aspecto subjetivo"[106].

O Prof. Fábio Ulhoa Coelho critica o conceito de coletividade utilizado na Lei 8.884/94, alegando que é desprovido de operacionalidade. O conceito de coletividade abrangeria diversos interesses, como os de agentes econômicos, consumidores e trabalhadores, enfim, de toda a sociedade. No entanto, segundo Coelho, no direito da concorrência, por muitas vezes, haverá conflito entre os interesses das classes que compõem a sociedade:

> "A Lei n. 8.884/94 não se refere diretamente às estruturas do mercado como sendo o bem jurídico sobre tutela, preferindo definir a coletividade como titular dos bens protegidos. É criticável a solução alcançada porque se vale de definição de reduzida operacionalidade, que se explica mais por alguns modismos adotados por muitas leis brasileiras do que propriamente por fundamentos técnicos.
> De fato, identificar-se na coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos pela repressão às infrações contra a ordem econômica pressupõe a existência de um interesse geral, comum aos agentes econômicos de diferentes portes, aos consumidores, aos trabalhadores, à população em torno dos estabelecimentos comerciais e, enfim, a toda a sociedade. A rigor, porém, na

[106] *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. p. 50.

> coletividade, sobrepõem-se, entrecruzam-se e conflitam múltiplos interesses de diferentes classes sociais, segmentos de classes, estamentos profissionais, grupos de pressão etc. Falar-se da coletividade como titular de determinados interesses (bens jurídicos) significa ignorar a multiplicidade e relativa inconciliabilidade de posturas, projetos, verificáveis em todos os recantos das estruturas sociais.
> Por vezes, sequer coincidem os interesses dos consumidores e trabalhadores com os dos empresários em competição, e em conseqüência a disciplina jurídica da concorrência acaba conflitando com o atendimento aos interesses de diversos e numerosos segmentos da sociedade"[107].

Sob outro prisma, Jayme Vita Roso entende que essa previsão legal tem um significado de proteção dos direito humanos:

> "É a coletividade, não apenas uma pessoa, a titular dos bens jurídicos pela Lei n. 8.884/94, por definição (art. 1º, parágrafo único).
> Essa previsão legal tem um significado de proteção dos direitos humanos, pois o artigo 5º da Constituição federal do Brasil lista 77 (setenta e sete) direitos e deveres individuais e coletivos, considerando que as normas que os definem têm aplicação imediata, ou seja, independem de lei que as regulamente. De outro lado, o artigo 5º explicita que: a) todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; b) garante-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, seguindo-se os mencionados setenta e sete (77) direitos individuais e coletivos.
> A pressão social, exercida pelas organizações que defendem as pessoas, tem conseguido que os tribunais se manifestem, garantindo os direitos individuais e coletivos, tanto que esses direitos são 'garantias pétreas', ou sejam, garantias que não podem ser alteradas, modificadas ou diminuídas, sendo proibida qualquer emenda à Constituição Federal que pretenda abolir os direitos e as garantias individuais (artigo 60, §4º, IV)"[108][109]

Adota-se neste estudo o conceito desenvolvido pelo Prof. Peluso, o qual defende que a coletividade abrange tanto interesses difusos e coletivos como os individuais coletivamente tratados, visando ao interesse das massas, da sociedade, refletindo o Estado Democrático de Direito.

---

[107] *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94*. p. 5/6.
[108] *Novos apontamentos à lei antitruste brasileira*. p. 19/20.
[109] Ressalta-se que atualmente o art. 5º da Constituição Federal lista 78 direitos e deveres individuais e coletivos, já que a emenda constitucional 45 de 2004, incluiu o inciso LXXVIII : "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

4.2 Os interesses protegidos pela Lei de Defesa da Concorrência: concorrentes x consumidores

Conforme já mencionado, as normas de defesa da concorrência visam à implementação de políticas públicas econômicas, as quais variam de acordo com os objetivos do Estado. Essas políticas podem defender o interesse do mercado, o interesse do consumidor, o interesse nacional, o bem comum, a eficiência alocativa ou o interesse público, dentre outros. Nesse sentido, dependendo do objetivo da política pública econômica adotada, o órgão julgador de defesa da concorrência tomará a decisão mais adequada a cada caso[110].

Embora um mesmo fato jurídico possa desencadear a incidência de normas de defesa do consumidor e de defesa da concorrência, não há por que confundir os dois interesses. O interesse protegido imediatamente pelas primeiras normas é o consumidor e o segundo é a livre iniciativa e a livre concorrência, mesmo que o interesse do consumidor seja protegido mediatamente na maioria dos casos por essas normas[111].

Um exemplo muito ilustrativo dessa diferença é a prática de preços predatórios. Se um supermercado está vendendo produtos abaixo do preço de custo, configurando a prática de preços predatórios, as normas concorrenciais condenarão tal prática em defesa da livre concorrência, pois outros agentes econômicos podem ser prejudicados, com danos, ao fim, para todo o mercado. No entanto, do ponto de vista do consumidor, essa prática não é ruim, uma vez que permite aos consumidores o acesso aos produtos por preço menor.

---

[110] *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 266/267.
[111] *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 293.

O posicionamento de que a Lei 8.884/94 visa defender e preservar a estrutura competitiva e não de interesses privados é esposado pela Maria Cecília Andrade:

> "Em outras palavras, a Lei 8.884/94 não se destina à proteção de interesses privados, mas sim à defesa e preservação da estrutura competitiva do mercado, o que irá, conseqüentemente, beneficiar o consumidor.
> Observa-se, por conseguinte, uma evolução no ordenamento jurídico brasileiro em relação à política de defesa da concorrência. Da sua utilização deturpada como instrumento controlador de preços no passado, ou ainda como defesa direta dos direitos do consumidor, passou-se a buscar a defesa dos mercados e da atividade econômica em um novo contexto, no qual os benefícios para o consumidor constituem não apenas os efeitos diretos da sua atuação, mas sim uma vantagem que atinge uma dimensão muito mais extensa, ao ser proporcionada maior transparência dos mercados, a possibilidade de ingresso de novos operadores econômicos, de produtos ou serviços, de inovações tecnológicas, da modernização da indústria e, finalmente um aumento da competitividade dos operadores econômicos nacionais"[112].

O Prof. Fábio Ulhoa Coelho condivide a opinião, que a legislação antitruste visa garantir o funcionamento do livre mercado, mas, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico da liberdade de mercado, acaba refletindo os interesses dos consumidores, *in verbis*:

> "A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico da liberdade de mercado, o direito da concorrência acaba refletindo não apenas sobre interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também, sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade"[113].

Franceschini também concorda com esse posicionamento e ainda afirma que qualquer pendência entre as partes privadas deverá ser dirimida pelo Poder Judiciário e não pelo CADE: não cabe ao Conselho dirimir controvérsias ou interesses particulares ou mercantis:

---

[112] *Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. p.71 e 72.
[113] *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94*. p.5.

> "A finalidade da legislação de defesa da concorrência, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e a viabilização do princípio maior da 'livre concorrência' (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo Estado para alcançar objetivos diversos.
> (...)
> Portanto, as pendências comerciais surgidas entre as partes privadas hão de ser dirimidas exclusivamente pelo Poder Judiciário, não dispondo o CADE de competência para resolvê-las.
> (...)
> A legislação antitruste não visa proteger os agentes econômicos unitariamente considerados, mas preservar o mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista"[114].

Sérgio Varella Bruna afirma que a disciplina antitruste não é estabelecida em favor dos interesses individuais dos concorrentes, mas sim da sociedade como um todo. O direito de defesa da concorrência não protege os interesses individuais dos concorrentes, mas a preservação dos mecanismos de mercado. Não protege os capitalistas, mas o capitalismo. Essa característica do direito antitruste é o que o diferencia da concorrência desleal, que protege interesses individuais[115].

Nesse sentido, vale ler a discussão travada entre o Prof. Ricardo Sayeg e o Dr. Franceschini durante o Seminário de Defesa da Concorrência realizado pelo IBRAC. Sayeg afirma que a Lei 8.884/94 é instrumento de defesa do consumidor, conforme esmiuçou em dissertação de mestrado na PUC/SP, e Franceschini, por sua vez, defende a livre concorrência:

> "DR. RICARDO SAYEG, ADVOGADO
> A observação que eu tenho a fazer, inicialmente, é, em que pese a profunda admiração que tenho pelo Dr. Franceschini, já vem da história da nossa amizade, do convívio, essa sintonia de convicções. Tenho para mim que a Lei 8884 é instrumento direto de defesa do consumidor. Primeiro, quando fala do consumidor lá no início e depois quando faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor em seu Artigo 29 demonstrando, inclusive, o nítido entrosamento entre eles. Vejo que, quando o consumidor vai se proteger contra um pequeno comerciante que não se enquadra na titularidade de posição dominante, ele tem o Código de Defesa do Consumidor

[114] *Introdução ao Direito da Concorrência*. p. 19, 23/24.
[115] *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. p. 169.

> como defesa, mas, quando o consumidor vai se proteger de uma grande empresa que se enquadra na titularidade de posição dominante, ela tem essa legislação em seu favor. Inclusive, esse é o critério que tem sido utilizado pela Promotoria de Defesa do Consumidor em São Paulo, que já proporcionou alguns resultados, como o caso de um remédio cujo nome não me lembro bem agora (Diabinese ou Diabenzine), no qual houve uma condenação à indústria farmacêutica, conforme o que foi divulgado pelos jornais e pelo próprio *clipping* do IBRAC. Ou seja, a lei, da forma que foi colocada, é instrumento de defesa do consumidor (inclusive defendi tese que foi aprovada nesse sentido pela PUC: como esse tipo de instrumento em favor da tutela jurídica do consumidor, de modo que a matéria é única nesse sentido, além da defesa da concorrência, de que a lei também trata).
> Dr. FRANCESCHINI
> Em primeiro lugar, só posso dizer que me sinto honrado pelo comentário que me foi dirigido por um colega de tal escopo e lamento discordar, porque não acho que seja pelas inconstitucionalidades que são introduzidas na lei que se pode dizer que essa lei tem o mesmo objetivo de outra lei. Acho que a interpretação deve ser clara: qual é a finalidade de uma lei de concorrência? A finalidade da lei de concorrência é o mesmo conceito de defesa do consumidor; temos bens jurídicos distintos, titulares de bens jurídicos distintos, as matérias são distintas e sabemos perfeitamente que essa tentativa de inserção do direito do consumidor na lei de defesa da concorrência foi uma tentativa de desvio da finalidade social. Não estou dizendo que não deva haver – como há – uma Lei de Defesa do Consumidor, como há uma Lei de Defesa da Concorrência. A própria inserção do conceito de aumento abusivo de preços (que, na minha opinião, é uma excrescência jurídica tal como redigida) é inócua, tal como a remissão genérica à defesa do consumidor. O conceito de aumento abusivo de preços é inócuo porque, como todos sabemos, aquela relação didática do artigo 21 da lei se remete diretamente ao artigo 20 – ali estão os tipos puníveis e apenas aqueles – portanto, o aumento abusivo de preços só pode ser uma infração à ordem econômica na medida em que gere uma dominação de mercado (o que é difícil de imaginar), ou uma eliminação de concorrente (o que é difícil de imaginar) haver um conceito de aumento arbitrário de lucros, que é um conceito inteiramente diverso do aumento abusivo de preço – não tem absolutamente nada a ver. Portanto, com todo respeito à tese do colega, que foi brilhantemente defendida – e vão aqui os meus respeitos profundos – mas acho que a tentativa de utilização das normas para fins diversos não serve ao progresso da ciência jurídica e muito menos do direito positivo brasileiro. Agradeço, de qualquer forma, a sua observação, com muito respeito"[116].

Pela análise dos dispositivos constitucionais e da legislação de defesa da concorrência atualmente em vigor, não há dúvida de que o interesse protegido é a livre iniciativa e a livre concorrência, pois é dessa proteção que advirá um bem-estar à coletividade.

[116] Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo. RevIBRAC, São Paulo, v. 3 n.6, 1996, p.136 e 137,.Transcrição das palestras apresentadas no II Seminário Internacional de Direito da Concorrência em maio de 1996.

5. O CADE

5.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

O CADE possui, basicamente, duas funções: repressiva e preventiva. A função preventiva consiste no controle de atos e contratos que possam levar à concentração econômica ou ao exercício abusivo de posição dominante, enquanto a função repressiva visa identificar e sancionar as condutas de agentes econômicos que tenham cometido infrações contra a ordem econômica. Há doutrinadores que denominam a função preventiva de *controle estrutural* e a repressiva *controle comportamental*[117].

A Profa. Paula Forgioni, citando Eros Grau, define essas duas "vertentes" do CADE como a dupla instrumentalidade do direito da concorrência:

> "Por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras de economia de mercado, colocando-se à sua disposição normas e instituições (...) e, por outro lado, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê"[118].

[117] "A legislação de defesa da concorrência geralmente busca regular as duas principais faces que o mercado pode vir a apresentar: a *primeira*, no que diz respeito ao *comportamento* dos agentes econômicos no mercado, e a *segunda*, relativa às *estruturas* desse mercado. Desse modo, na maioria das legislações de defesa da concorrência, encontramos normas relacionadas aos comportamentos das empresas, ou seja, que tratam das práticas empresariais que são permitidas, regimes de exceções e de isenções. Em relação à *estrutura*, estamos diante de normas que dispõem sobre o processo de concentração entre empresas, independentemente da forma que se apresentem, e os efeitos que podem vir a provocar no mercado que, dependendo do caso, podem interessar à estrutura ou ao comportamento" (ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. p. 46.)

[118] *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 92.

Há doutrinadores que ainda apontam uma terceira função ao CADE: a educativa[119]-[120], mas trataremos aqui apenas das duas primeiras, quais sejam, a repressiva e a preventiva, de interesse ao escopo do presente estudo: a revisão judicial das decisões do CADE.

5.1.1 A função repressiva do CADE

O art. 20 da Lei 8.884/94 estabelece que constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados:

(i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços;

(iii) aumentar arbitrariamente os lucros e

(iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

---

[119] Posicionamento defendido por Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas: "A Lei nº 8.884/94 atribui ao CADE tríplice papel: o educativo, o preventivo e o repressivo. O primeiro deles que, em suma, implica a difusão da cultura da concorrência, encontra-se explicitado no art. 7º, que inclui entre as competências do Plenário: 'instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica'" (Oliveira, Gesner e Rodas, João Grandino. *Direito e Economia da concorrência*. p. 317.)

[120] "A que corresponde o papel educativo do CADE? O papel pedagógico do CADE – difundir a cultura da concorrência - está presente no artigo 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/94. Para o cumprimento deste papel é essencial a parceria com instituições, tais como universidades, institutos de pesquisa, associações, órgãos do governo. O CADE desenvolve este papel através da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito Econômico, do Relatório Anual e de Cartilhas. O resultado do exercício deste papel pedagógico está presente no crescente interesse acadêmico pela área, na consolidação das regras antitruste junto à sociedade e na constante demanda pela maior qualidade técnica das decisões" *On line*: www.cade.gov.br.

O art. 21[121] da mesma lei apresenta, de forma meramente exemplificativa, algumas práticas comerciais que podem ser consideradas anticompetitivas:

- Cartel: acordos com concorrentes para a fixação de preço ou condições de venda;

[121] "Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;
I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;
XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;
XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos *Antidumping* e de subsídios do Gatt;
XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;
XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

- Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

- Divisão de mercados de serviços ou produtos;

- Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

- Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, de fornecedor ou de cliente;

- Combinar previamente preços ou ajustar vantagens em concorrência pública ou administrativa;

- Impor condições de revenda para distribuidores;

- Política discriminatória de preços ou condições de venda;

- Dificultar/romper relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e/ou condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

- Recusa de venda;

- Venda predatória;

- Venda casada e

- Imposição de preços excessivos.

Se ficar caracterizada qualquer das condutas tipificadas poder-se-á aplicar, dentre outras penalidades[122]:

(i) multa de um a 30 por cento do faturamento bruto no último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável e

(ii) em relação ao administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, multa de 10 a 50 por cento do valor da multa aplicada à empresa.

[122] As outras penas aplicáveis estão previstas no art. 24 da Lei 8.884/94:
"Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:
I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;
II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;
III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica".

O Administrador poderá ser pessoalmente responsabilizado pelas infrações acima, as quais, uma vez configuradas, implicarão responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa.

Importante lembrar que, concomitantemente com as penalidades estabelecidas na Lei 8.884/94, os infratores podem sofrer sanções penais, com base na Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem econômica e prevê pena de reclusão de dois a cinco anos ou multa.

Ademais, os clientes, concorrentes ou fornecedores prejudicados poderão propor ação de perdas e danos resultantes da conduta abusiva[123].

5.1.1.1 O processo administrativo

A Lei 8.884/94 prevê duas instâncias administrativas: uma de cunho investigatório e singular, de competência da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE); e outra de cunho decisório e colegiada, de competência do CADE.

À SDE caberá, em face de indícios de infração contra a ordem econômica, instaurar averiguações preliminares de ofício, ou mediante denúncia ou representação feita por qualquer interessado[124].

Encerradas as averiguações preliminares dentro de 60 dias, o Secretário da SDE determinará:

[123] "Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação".

[124] No caso de o processo administrativo ser iniciado através de representação, cabe mencionar que o representante não será parte, mas somente a SDE e o representado. Contudo, o representante poderá auxiliar a SDE.

(i) a instauração de processo administrativo, se a conclusão da investigação for de que existem indícios de infração, ou

(ii) seu arquivamento, hipótese em que recorrerá de ofício ao CADE.

O processo administrativo será iniciado por despacho fundamentado do Secretário da SDE, o qual, dentro de oito dias contados do conhecimento do fato, da representação ou do encerramento das averiguações, especificará os fatos a apurar.

Em seguida, o representado será notificado e terá 15 dias para apresentar defesa, podendo ainda, depois de 45 dias apresentar provas, inclusive requerer a oitiva de até três testemunhas. A SDE, se considerar necessário, realizará diligências e a produção de provas, igualmente dentro de 15 dias. Uma vez concluída a instrução, o representado será notificado para apresentação de alegações finais no prazo de cinco dias.

A SEAE será notificada para emitir parecer, se achar necessário, sobre matéria de sua competência.

Por fim, o Secretário de Direito Econômico emitirá relatório circunstanciado, no qual decidirá pela remessa dos autos ao Plenário do CADE para julgamento ou pelo seu arquivamento, do qual caberá recurso de ofício ao CADE. Contudo, da decisão do Secretário não cabe recurso hierárquico.

As decisões do Plenário do CADE serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros.

5.1.1.2 Poderes de investigação

A SDE, durante a investigação de qualquer infração contra a ordem econômica, poderá: colher depoimento do representado; ouvir testemunhas; solicitar documentos ou esclarecimentos de quaisquer pessoas; determinar a realização de levantamentos contabéis, perícias técnicas, auditorias; realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, abrangendo estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, extraindo cópia de tudo.

Poderá ainda a SDE solicitar à Advocacia-Geral da União que requeira ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos ou papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física.

A inspeção e a busca e apreensão poderão ocorrer na investigação de qualquer tipo de infração contra a ordem econômica. Em outras palavras, não apenas nas investigações por prática de cartel, mas também nas investigações para apurar quaisquer das condutas previstas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94.

Deve-se notar, por último, que os órgãos de defesa da concorrência mantêm acordos de cooperação com a Polícia Federal, Ministério Público Federal e Ministérios Públicos Estaduais, os quais vêm trabalhando em conjunto com a SDE em diversos casos.

5.1.1.3 Acordo de leniência

O acordo de leniência foi instaurado na legislação pátria por meio da Lei 10.149/00, inspirado na lei norte-americana. Nos termos de tal lei, o acordo deverá ser celebrado entre a União, através da SDE, e as pessoas físicas e/ou jurídicas autoras da infração. A celebração do acordo poderá gerar a extinção da ação punitiva ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, caso elas cooperem com as investigações das autoridades de defesa da concorrência. É, em síntese, uma delação premiada: o proponente denuncia a existência de um cartel do qual faz parte e obtém, como prêmio, conforme o caso, a extinção da ação punitiva ou a redução da pena aplicável.

Para que o acordo seja celebrado, é preciso que o agente colabore efetivamente com as investigações e que dessa colaboração resultem a identificação dos co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração.

Ademais, o acordo de leniência só poderá ser celebrado se forem preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos:

(i) a empresa for a primeira a se qualificar para o acordo;

(ii) houver a cessão imediata de participação na infração;

(iii) ainda não dispor a SDE de provas suficientes para a condenação dos envolvidos quando da propositura do acordo e

(iv) confessar o proponente sua participação e colaborar com as investigações até seu encerramento.

No entanto, o acordo não poderá ser celebrado por empresas e/ou pessoas físicas que estejam à frente da infração, visto que o instituto não pode prestar-se a acobertar quem simula uma confissão para se beneficiar dos incentivos do programa de leniência enquanto os demais partícipes sofrem as penalidades da lei.

Importante notar que o acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE. Compete ao Conselho, quando do julgamento do processo administrativo, apenas:

(i) decretar a extinção punitiva, ou seja, a isenção total, quando o interessado comparece espontaneamente à SDE, sem que essa Secretaria tenha conhecimento prévio da infração ou

(ii) reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, ou seja, conceder isenção parcial, devendo considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo.

O acordo também é aplicado ao crime de cartel tipificado pela Lei 8.137/90. Os efeitos da celebração do acordo, nessa hipótese, são a suspensão do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia. Cumprido o acordo, extingue-se a punibilidade penal.

No entanto, é preciso lembrar que o acordo de leniência não confere imunidade quanto às ações cíveis por parte dos consumidores ou terceiros lesados ou mesmo por parte do Ministério Público na defesa coletiva de interesses metaindividuais, o que é visto como empecilho à ampla adoção do instituto. A solução encontrada temporariamente pelas autoridades de defesa da concorrência é a assinatura conjunta do acordo com os Ministérios Públicos Estaduais e Federais[125].

5.1.1.4 Medida preventiva

A SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou por provocação do Procurador-Geral do CADE, poderá decidir pela aplicação de medida preventiva em qualquer fase do processo administrativo, mediante a existência de *fumus bons iuri*, ou seja, de indícios de prática anticoncorrencial, e de *periculum in mora*, fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado, ou ainda, de que o resultado final do processo seja inútil caso as supostas infrações continuem a ser praticadas.

A medida preventiva determinará a imediata cessação das práticas objeto da investigação e ordenará, se possível, a reversão ao *status quo*.

[125] Para maiores detalhes sobre o acordo de leniência, consultar: VIEIRA, Caroline Sanselme. *O Primeiro Acordo de Leniência firmado no Brasil*. p. 91-98.

5.1.1.5 Compromisso de cessação

O compromisso de cessação, recentemente modificado pela Lei 11.482/2007, é um acordo entre as autoridades e os representados que visa à cessação da prática investigada por determinado período. Durante esse período, o processo administrativo será suspenso e arquivado se todas as condições estabelecidas pelo CADE quando da sua celebração forem cumpridas.

A inovação trazida pela Lei 11.482/2007 é que o CADE fará o juízo de conveniência e oportunidade para a celebração do compromisso. Anteriormente, tanto a SDE como o CADE podiam firmá-lo, desde que o Conselho referendasse a decisão da SDE. A redação antiga afirmava que, em qualquer fase do processo administrativo, era possível celebrar o compromisso de cessação. A Lei nova, mais abrangente, determina que, em quaisquer dos processos administrativos, é possível celebrar o compromisso.

Outro ponto a destacar é a alteração das condições para celebrar o compromisso de cessação em casos envolvendo os incisos I, II, III ou VIII da Lei 8.884/94, quais sejam: (i) fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; (ii) obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (iii) dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários e (viii) combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa. Nesses casos, cumpre aos representados recolher ao Fundo de Defesa de Direitos

Difusos um valor não inferior ao previsto no art. 23 (1% do faturamento bruto, em caso de empresa, no ano anterior ao da infração).

Os casos em que foram firmados compromissos de cessação até hoje no CADE são:

PARTES	PROCESSO
Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - Embratel, Telecomunicações de São Paulo S/A - TELESP	53500.002284/2001
Construtora Norberto Odebrecht S/A	08700.005216/2007-61
Lafarge Brasil S/A	08700.004221/2007-56
Amaro Ricardo Queiroz Rodero (Franco Fabril Alimentos Ltda), Antônio Sebastião Domingos Neto (Indústria e Comércio de Carnes Minerva Ltda), Artemio Listoni (Friboi Ltda), Bertin Ltda, Brasboi - Bom Charque Indústria e Comércio Ltda, Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, Djalma Gonzaga de Oliveira (Frigol Comercial Ltda), Etivaldo Vadão Gomes (Estrela Doeste Ltda), Fabio Martins Guerra Nunes Dias (Marfrig Frigoríficos e Comércio de Alimentos Ltda), Fernando Antônio Bertin (Bertin Ltda), Francisco Renato Pereira da Silva (Estrela Doeste Ltda), Franz Rogério Pansani (Franco Fabril Alimentos Ltda), Friboi, Frigoalta Pádua Diniz Alimentos, Frigorífico Boifran - ELDORADO, Frigorífico Mata Boi S/A, Ibar Villela de Queiroz (Indústria e Comércio de Carnes Minerva Ltda), Independência Alimentos, Indústria e Comércio de Carnes Minerva, José Antônio de Lima (Bertin Ltda), Marfrig LTDA, Murilo Lemos Dorázio (Frigorífico Mataboi S/A), Wesley Mendonça Batista (Friboi Ltda)	08012.002493/2005-16
Embratel Participações S/A, Telecomunicações de São Paulo S/A - TELESP	53500.002286/2001
Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - Embratel, Telecomunicações de São Paulo S.A - TELESP	53500.005770/2002
One World Interactive do Brasil S/C, Telecomunicações de São Paulo S.A - TELESP	08012.007667/2004-48
Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes, Votufértil Fertilizantes S.A.	08000.016384/1994-11
Campos Verdes Distribuidora e Transportadora Ltda, Liquid Carbonic Indústrias S/A, White Martins Gases Industriais S/A	08000.020849/1996-18
Philip Morris Brasil S/A, Philip Morris Brasil S/A, Souza Cruz S/A	08012.003303/1998-25
614 TVC S/A e outras, Associação Neo TV, Globo Comunicações	08012.003048/2001-31

e Participações S/A, Globosat Programadora Ltda	
Listel - Listas Telefônicas S/A, Telelistas (Região 1) Ltda, Telemar Norte Leste S/A	08700.003431/2001-31
Becton e Dickinson Ind. Cirúrgicas Ltda., Labnew Ind. e Com Ltda.	0049/1992
Lafarge Brasil S/A	08700.004221/2007-56
Libra Terminais S/A-T-37, Marimex-Despachos, Transportes e Serviços Ltda, Rio Cubatão Logística Portuária Ltda, Tecondi-Terminal de Contêineres da Margem Direita S.A.	08012.006805/2004-71
Airline Tariff Publishing Company ("ATPCO"), SDE "Ex Offício"	08012.002028/2002-24

5.1.2 A função preventiva do CADE

O art. 54 da Lei 8.884/94 estabelece que deverá ser submetido a apreciação e aprovação do CADE “qualquer ato que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”.

Incluem-se no art. 54 fusões, aquisições e associações em geral, sempre que (i) resultem em participação igual ou superior a 20% no mercado relevante ou (ii) sempre que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto igual ou superior a R$ 400 milhões no último exercício.

Em 18.10.2005, o CADE editou a sua primeira súmula. Tendo em vista que o critério de faturamento é muito abrangente, muitas operações sem efeitos no mercado nacional eram submetidas ao CADE considerando a presença no País de grandes empresas com faturamento acima de R$ 400 milhões no mundo. Dessa forma, o CADE decidiu que apenas as operações em que seus participantes ou seu grupo econômico tenham alcançado esse valor de faturamento no

mercado nacional deveriam ser submetidas à analise das autoridades brasileiras de defesa da concorrência[126].

Ao contrário das leis vigentes no exterior, a lei brasileira permite às partes apresentarem o ato à apreciação do CADE: (i) antes da "realização" da operação ou (ii) *a posteriori*. Assim, as partes podem realizar a submissão prévia ou dentro do período de 15 dias úteis a contar da realização da operação (art. 54, parágrafo 4º).

A Resolução CADE 15/98 estabelece que o período de 15 dias úteis deve ser considerado "a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as partes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso".

A inobservância dos prazos legais para a submissão de operações ao CADE poderá resultar na imposição de multas pecuniárias em valores não inferiores a 60.000 UFIR nem superiores a 6.000.000 UFIR. A UFIR, taxa de referência utilizada para fins de reajuste monetário, foi extinta em outubro de 2000 e seu valor congelado em R$ 1,0641.

---

[126] Outras duas súmulas foram proferidas pelo CADE em 2007: a de nº. 2 que estabelece que "a aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória (art. 54 da Lei 8.884/94) se concorrerem as seguintes circunstâncias: (i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não-concorrência com prazo superior a cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação" e a de nº. 3, a qual prevê que "nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão", evitando assim a submissão de atos que não são relevantes.

Cabe relembrar que, além do CADE, há outras duas secretarias que participam do processo de análise de atos de concentração submetidos ao CADE. São elas a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE).

A primeira etapa do processo é a análise da operação pela SEAE, que deverá elaborar um parecer técnico sobre os aspectos econômicos, no prazo de 30 dias. Posteriormente, o referido parecer é enviado à SDE, que avaliará a operação sob o ponto de vista jurídico, emitindo um parecer também no prazo de 30 dias.

Os prazos, no entanto, poderão ser suspensos, caso a SEAE ou a SDE solicitem às partes, por meio de ofícios, informações adicionais sobre o caso.

Após os pareceres da SEAE e da SDE, o caso é remetido ao CADE para apreciação e julgamento final no prazo de 60 dias. É importante frisar que o CADE não está vinculado às conclusões contidas nos pareceres da SEAE e da SDE, podendo requisitar novas diligências, o que suspende o prazo para a decisão final.

Os casos simples podem receber tratamento sumário, hipótese em que a SEAE e a SDE deverão proferir seus pareceres no prazo de 15 dias. O prazo para o CADE, entretanto, continua sendo de 60 dias.

O procedimento sumário[127] engloba, de forma exemplificativa, as hipóteses de: transações envolvendo a aquisição de franquias por franqueadores; *joint-ventures* cooperativas, reestruturação societária sem alteração de controle, entrada de empresa estrangeira no Brasil por meio de aquisição; substituição de agente econômico (adquirente não atua no mercado da adquirida) e baixa participação de mercado detida pelas empresas envolvidas.

Já casos complexos, na prática, levam dois anos ou mais até a decisão final, especialmente se advierem oposições de terceiros.

As possíveis decisões do CADE são: (i) vetar a operação; (ii) aprovar a operação com restrições ou (iii) aprovar a operação sem restrições.

---

[127] Conforme o art. 6º da Portaria Conjunta SDE/SEAE 1/2006, são elegíveis para o procedimento sumário as seguintes operações:
Art. 6º O Procedimento Sumário poderá ser aplicado, a critério das Secretarias, às seguintes categorias de operação:
I - franquias: operações envolvendo a compra de franquias por seus franqueadores, desde que não haja alteração do controle das decisões mercadologicamente relevantes;
II - joint-ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um novo mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;
III - reestruturações societárias no mesmo grupo sem alteração de controle: as reestruturações societárias efetuadas dentro de um mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, desde que não se verifique alteração do controle das decisões mercadologicamente relevantes;
IV - entrada no Brasil: aquisição do controle acionário de empresa localizada no território nacional, desde que a(s) empresa(s) adquirente(s) ou o(s) grupo(s) adquirente(s) não exerça(m) atividades no território brasileiro ou tais atividades sejam mínimas;
V - aquisição de empresas fora do país: aquisição do controle acionário de empresa que não exerça quaisquer atividades no território nacional ou, caso exerça, quando tais atividades forem mínimas;
VI - substituição de agente econômico: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados no qual atuava a adquirida ou seu grupo;
VII - baixa participação de mercado: as situações em que a operação gerar o controle de parcela de mercado indubitavelmente baixa, a critério das Secretarias, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;
VIII - substituição de agente econômico em que a participação nos mercados verticalmente relacionados seja baixa: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participavam, antes do ato, do mercado envolvido, e em que a participação nos mercados verticalmente relacionados seja indubitavelmente insignificante, a critério das Secretarias;
IX - outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério das Secretarias, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada.

A possibilidade de aprovar um ato de concentração que possa limitar ou prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços está prevista na Lei de Defesa da Concorrência e poderá ocorrer desde que da operação resultem eficiências compensatórias, conforme previsto no §1º do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência[128].

O CADE também poderá considerar legítimos os atos de concentração econômica, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, desde que atendidas pelo menos três das condições do art. 54 acima e que não resultem em prejuízo ao consumidor ou usuário final.

5.2.2.1. O Compromisso de Desempenho

Ao aprovar atos que envolvam certo grau de concentração econômica, pode o CADE exigir das partes, como condição de aprovação, a assinatura de um Compromisso de Desempenho.

O Compromisso de Desempenho fixará objetivos que as partes terão de alcançar e será monitorado pela SDE por um período prefixado de tempo, mediante relatórios a serem preparados e apresentados pelo interessado ao CADE. O descumprimento injustificado do

[128] § 1º - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o "caput", desde que atendam às seguintes condições:
I. - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:
(a) aumentar a produtividade;
(b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
(c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
II. - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
III. - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
IV. - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Compromisso de Desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para averiguar se houve qualquer infração à ordem econômica.

Os objetivos fixados no Compromisso de Desempenho podem variar caso a caso, mas os mais comuns são:

(i) programas de investimento a curto e médio prazos;

(ii) manutenção ou incremento da produção e vendas no mercado interno;

(iii) melhoria na qualidade de produtos ou serviços;

(iv) manutenção ou redução de preços de venda;

(v) incremento das exportações, desde que não afetem negativamente o mercado interno;

(vi) investimentos em redes de comercialização e distribuição;

(vii) programas de investimento em pesquisa e desenvolvimento,

(viii) venda de ativos, entre outros.

A íntegra dos termos de compromisso de desempenho firmados pelo CADE está disponível em seu site (www.cade.gov.br), e abrange as seguintes operações:

Partes	Nº. do processo
Companhia Bahiana de Fibras, Du Pont do Brasil S/A	0145/1997
Jovita Indústria e Comércio Ltda, Melitta do Brasil Indústria e Comércio Ltda	0056/1995
Bayer S.A, Companhia Nitro Química Brasil Ltda.	0022/1995
Internet Digital Boulevard S/C Ltda, Terra Networks Brasil S.A	08012.004818/2000-82
Ripasa S/A Celulose e Papel, Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S/A	08012.010195/2004-19
Ripasa S/A Celulose e Papel, Votorantim Celulose e Papel S/A	08012.010192/2004-77
Companhia Vale do Rio Doce, Valepar S/A	0155/1997
K e S Aquisições Ltda., Kolynos do Brasil S.A.	0027/1995
CARFEPE S.A. Administradora e Participadora, Santista Alimentos S.A.	0025/1995
Crown Química S.A., Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda.	0024/1995
Carbex Indústrias Reunidas S.A., Helios S.A. Indústria e Comércio	0013/1994
Fosfértil - Fertilizantes Fosfatados S.A., Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes	0002/1994
Amadeus Global Travel Distribution S/A, Transbrasil S/A, Varig S/A	08012.008101/1999-79
CTBC Celular S/A, Net Site S/A	08012.006688/2001-01
Companhia Brasileira de Bebidas, Pepsico, Inc	08012.000212/2002-30
Axalto Holding N.V., Gemplus International S.A	08012.011178/2005-71
COPESUL - Companhia Petroquímica do Sul, OPP Petroquímica S.A., Petroquímica Triunfo S.A., Poliolefinas S.A.	0054/1995
Alcan Alumínio do Brasil S.A., FICAP S.A.	0018/1994
Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	0058/1995
Dow Produtos Químicos Ltda., Hoechst Marion Roussel, Laboratórios Silva Araújo Roussel S.A.	0047/1995
Carborundum do Brasil Ltda, Norton Indústria e Comércio Ltda.	0005/1994
Companhia Siderúgica Belgo Mineira, Siderúrgica Dedini S.A.	0014/1994
Ajinomoto Co. Inc., Oriento Indústria e Comércio S.A	0019/1994
Albarus S.A. Indústria e Comércio, Rockwell do Brasil S/A e Albarus S/A Indústria e Comércio	0026/1995

Alcan Alumínio do Brasil S.A., Alumínio Penedo Ltda., PANEX S.A. Indústria e Comércio	0079/1996
S.A. White Martins, Unigases Comercial Ltda.	0078/1996
ELETROLUX Ltda., Kaspar e Agres Oberdofer, Oberdorfer S.A.	0062/1995

5.2.2.2. Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação e Medida Cautelar

Os casos submetidos ao CADE para aprovação, envolvendo alto grau de concentração ou que envolvam produtos ou setores de relevante interesse público estarão sujeitos a imposição de acordo de preservação da reversibilidade da operação (APRO) pelo CADE.

O APRO representa, na prática, o congelamento da operação até o julgamento final pelo CADE. Esse tipo de acordo tem sido prática recorrente do CADE nos últimos anos como alternativa à medida cautelar. Apesar de o CADE ter competência exclusiva para a celebração do APRO, o acordo pode ser requerido pela SEAE, pela SDE ou por qualquer interessado, inclusive concorrentes, tendo em vista tratar-se de medida salutar ao equilíbrio concorrencial.

O APRO tem em relação à medida cautelar a vantagem de permitir negociar com o CADE as condições de suspensão da operação até que ela seja finalmente julgada, ao contrário da medida cautelar, que é imposta pelo CADE.

Nos casos em que foram utilizados, os APROs visaram, basicamente, impedir as empresas envolvidas de praticar, até a decisão final do CADE, quaisquer atos decorrentes do contrato já formalizado que modificassem a estrutura, condições ou características do mercado relevante, sob o fundamento de que tal reversibilidade seria difícil ou muito onerosa para a coletividade.

As cláusulas do APRO variam caso a caso, mas, geralmente, proíbem as requerentes de praticar uma série de atos até que a operação seja julgada pelo CADE, tais como:

(i) fechamento ou desativação parcial de seus estabelecimentos comerciais;

(ii) transferência, cessão ou renúncia de bens imóveis e equipamentos relacionados à sua atividade principal, seja para empresas dos mesmos grupos das requerentes, seja para terceiros;

(iii) medidas que causem prejuízo ao sistema de logística e práticas de distribuição e comercialização para os estabelecimentos comerciais;

(iv) alterações societárias além daquelas concernentes ao curso normal dos negócios;

(v) transferência, cessão, renúncia ou descontinuação do uso de marcas e produtos de propriedade das requerentes;

(vi) alterações no quadro de postos de trabalho, sobretudo no tocante à funcionários que ocupam posições estratégicas ou detêm segredos industriais e

(vii) alterações das estruturas administrativas, quando caracterizadas como objetivando a integração das empresas requerentes.

Os fundamentos para a impor medidas cautelares bem como para celebrar o APRO são: (i) a potencialidade danosa de que se reveste um ato que, *a priori*, resulte em alta concentração de mercado, capaz de gerar danos imediatos ao mercado e aos consumidores e (ii) a dificuldade em reparar eventuais danos ao mercado, ao final do processo.

A análise da possibilidade de danos irreparáveis é fundada em exame preliminar das informações a respeito do ato de concentração e do mercado. Portanto, basta haver indícios de potencialidade danosa para que a medida cautelar ou o APRO sejam adotados no início do processo. Vale lembrar que a adoção da cautelar ou do APRO não antecipa a decisão do CADE sobre o mérito do caso. Ambas as medidas têm natureza cautelar, ou seja, visam preservar a utilidade da decisão prolatada pelo CADE, preservando a eficácia do provimento.

A título ilustrativo, segue abaixo uma lista dos APROs firmados pelo CADE recentemente em diversas espécies de operações:

PARTES	PROCESSO
GTI S/A, VRG Linhas Aéreas S/A	08012.003267/2007-14
Compagnie de Saint-Gobain, Owens Corning	08012.001885/2007-11
Dana Corporation, MAHLE Gmbh	08012.011518/2006-45
Braskem S.A, Petróleo Brasileiro S/A	08012.002813/2007-91
Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A., Ultrapar Participações S.A.	08012.002816/2007-25
Braskem S.A, Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A., Ultrapar Participações S.A.	08012.002818/2007-14
Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A.	08012.002820/2007-93
Leão Júnior S/A, Recofarma Indústria do Amazonas Ltda	08012.001383/2007-91
Air Liquide Brasil Ltda, White Martins Gases Industriais Ltda	08012.011196/2005-53
General Motors Corporation, Hughes Electronics Corporation , The	53500.002423/2003

News Corporation Limited	
Globo Comunicações e Participações S/A, The DIRECTV Group, Inc, The News Corporation Limited	53500.029160/2

5.3 Natureza Jurídica do CADE

O art. 3º da Lei 8.884/94 estabelece que o CADE é um "órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional", transformado em autarquia federal a partir dessa Lei, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal.

Pela leitura do Decreto-Lei 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, verifica-se que: a autarquia federal é entidade pertencente à Administração Federal Indireta:

> "Art. 4º A Administração Federal compreende:
> I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.
> II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
> a) Autarquias;
> b) Empresas Públicas;
> c) Sociedades de Economia Mista".

Autarquia, no dizer de Bandeira de Mello[129], é a pessoa jurídica de direito público de capacidade exclusivamente administrativa que goza de liberdade administrativa nos limites da lei que a criou; não é subordinada a órgão algum do Estado, mas apenas controlada pelo Estado.

Odete Medauar conceitua *autarquia federal* como "um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da

[129] *Curso de Direito Administrativo*. p. 130/ 131.

administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada"[130].

Hely Lopes Meirelles não discorda dos doutrinadores citados acima, mas ressalta que as autarquias são entes autônomos e não autonomias. Ter autonomia, segundo Meirelles, é legislar para si, enquanto a autarquia "administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou"[131].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta as características de consenso entre os autores relativas às autarquias: (i) criação por lei; (ii) personalidade jurídica; (iii) capacidade de auto-administração; (iv) especialização dos fins ou atividade e (v) sujeição a controle ou tutela, definindo a autarquia por fim como: "a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei"[132].

Cita-se, por fim, a definição da Profa. Lúcia Valle Figueiredo: "autarquias são pessoas jurídicas de direito público, de capacidade administrativa, criadas pelo Estado para persecução de finalidades públicas; de conseguinte, submetem-se ao regime jurídico de direito público"[133].

Portanto, não restam dúvidas sobre as características da autarquia, conseqüentemente do CADE. Como autarquia, o CADE dispõe de maior poder de ação que decorre da liberdade administrativa

[130] *Direito Administrativo Moderno*. p. 77.
[131] *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 343.
[132] *Direito Administrativo*. p. 367 a 369.
[133] *Curso de direito administrativo*. p. 133.

e de não estar subordinado a nenhum órgão, mas apenas controlado. Com essas características, o CADE pode desenvolver as suas atividades com maior presteza, evitando as delongas comuns no Judiciário e com a vantagem de ter âmbito de atuação especializado, permitindo alto nível técnico de atuação.

Contudo, a expressão de que o CADE constitui um órgão judicante é criticada por alguns doutrinadores, entre os quais o Prof. Peluso. Ele ressalta que as decisões do CADE não fazem coisa julgada, portanto, não podem ser confundidas com as decisões judiciais. Mas afirma que a autonomia do CADE é essencial para a área de direito da concorrência, uma vez que suas decisões precisam ser mais ágeis, *in verbis*:

> "Sempre considerado como um 'órgão judicante', embora, como vimos, suas 'decisões' não constituam 'sentenças' no sentido de fazerem 'coisa julgada', tem sido tomado como um 'quase-tribunal', uma espécie de prenúncio do Tribunal Administrativo, ou equiparado ao Tribunal Marítimo, segundo o voto de um dos seus conselheiros, 'pela singularidade dentro da ordem pública, por ter um caráter, uma missão, um fim jurídico-administrativo de executor e fiscal de uma lei de repressão e punição a abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica'. Analisado pelos mais diversos prismas, especialmente com relação à justiça comum, por essa autonomia agora conquistada, a sua situação não se modifica a esse respeito. No entanto, na medida em que a economia nacional se desenvolve, e tanto o crescimento das empresas nacionais quanto a presença de empresas alienígenas se fazem sentir no mercado brasileiro, a presença do CADE vem sendo solicitada com crescente insistência. A própria natureza das atividades negociais leva a essa situação, seja pela vigilância contra atos considerados legalmente abusivos, porém que constituem sua rotinas de ação na busca do lucro, como na maior conveniência de encontrar soluções administrativas ou negociadas, na área da competência judicante do CADE, evitando as delongas e os inconvenientes das lides judiciais.
> (...)
> A autonomia decorrente da natureza da autarquia confere ao CADE maior poder de ação, que embora não chegando à equiparação com o Poder Judiciário, liberou-o de um dos passos burocráticos de dependência da administração central para certos tipos de atuação que requerem maior presteza na objetivação[134].

Segundo o Prof. Fábio Ulhoa Coelho, a natureza das decisões do CADE é igual à dos atos emanados pelos demais órgãos administrativos; ter-lhe a lei conferido a característica de

[134] *Primeiras linhas de direito econômico*. p. 263 a 265.

judicante não o difere dos demais. Segundo Ulhoa Coelho, os órgãos apelidados de "quase-judiciais"[135] apenas conferem maior formalidade à preparação dos seus atos, o que não lhes altera a natureza jurídica. Vide o ensinamento de Ulhoa Coelho:

> "A lei se refere, por outro lado, ao Conselho como 'órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional'. Bem entendida, trata-se da chamada jurisdição administrativa e não judicial, visto que o CADE não integra o Poder Judiciário, mas o Executivo, vinculado ao Ministério da Justiça. É, segundo parte da doutrina, uma entidade com o caráter de órgão administrativo de função quase-judicial, categoria de que seriam exemplos, além do próprio CADE, também o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes e outros.
> Os chamados órgãos administrativos quase-judiciais correspondem, contudo, apenas maior formalidades na preparação e edição dos respectivos atos. Tais formalidades são muito semelhantes às praticadas no Judiciário. Mas a solenidade com que procura revestir seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados do CADE. A sua natureza é igual às dos atos emanados dos demais órgãos administrativos. Abstraídas as formalidades, estas sim parajudiciais, as sanções do CADE têm rigorosamente a mesma natureza administrativa das aplicadas por qualquer fiscal de normas edilícias de uma Prefeitura, ou pela Polícia de Trânsito, em estradas estaduais. Seus pronunciamentos não fazem coisa julgada e estão sempre sujeitos à revisão judicial, como todos os demais atos administrativos (CF, art. 5º, XXXV)"[136].

João Bosco Leopoldino da Fonseca questiona essa característica de órgão judicante conferida ao CADE pela Lei 8.884/94. Segundo ele, cabe à Constituição Federal outorgar esse poder e enumerar os órgãos do Judiciário, dentre os quais não se inclui o CADE[137].

Franceschini, por sua vez, entende a natureza jurídica do CADE como auxiliar do Poder Judiciário. Às decisões do CADE, na visão desse doutrinador, seriam "verdadeiros laudos técnicos especializados, a serem submetidos ao crivo da autoridade judiciária"[138].

---

[135] O Prof. Verçosa assim o faz: "O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro na Capital Federal, com funções judicantes administrativas" (*Curso de Direito Comercial*. p. 288).
[136] *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94*. p. 12.
[137] *Lei de proteção da concorrência. Comentários à lei antitruste*. p. 59.
[138] *Introdução ao Direito da Concorrência*. p. 25.

A afirmação de Franceschini é controversa. Embora as decisões do CADE contenham matéria extremamente especializada, podendo mesmo ser comparadas a laudo técnico, cumpre seguir um processo administrativo até que a decisão seja proferida. Muitas vezes, questiona-se no Judiciário não o conteúdo da decisão, mas as formalidades do processo administrativo que não foram seguidas, e que pode ocasionar cerceamento de defesa ou ensejam nulidades insanáveis. Por essa razão, a afirmação de que o CADE seria um auxiliar do Poder Judiciário deve ser entendida com ressalvas, preponderando o caráter judicante de sua função administrativa.

5.3 As características das decisões do CADE

As decisões do CADE criam realidades, impõem comportamentos novos, disciplinam, controlam e fiscalizam o mercado, conforme ensinamento de Leopoldino:

> "Devem ser enfatizadas as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que criam realidades novas, impõem comportamentos novos, disciplinam, controlam e fiscalizam o mercado. As decisões proferidas pelo CADE constituem-se em forte limitação à liberdade de contratar. Os atos que lhe são apresentados se incluem na categoria dos contratos empresariais, que, amparados em legislações próprias, têm como elemento constitutivo básico a liberdade de contratar com quem quiserem, estabelecer as cláusulas que entendam necessárias para a efetivação do negócio jurídico, mas o CADE, com base na competência que lhe é atribuída pela Constituição e pela Lei, pode limitar aquela liberdade, quando entenda que poderá acarretar danos ao mercado, à coletividade"[139].

As decisões do CADE, seja em sua função repressiva ou preventiva, são atos indiscutivelmente administrativos, já que emanados de uma autarquia federal pertencente à Administração Pública Federal Indireta.

[139] *Direito Econômico*. p. 78.

Bandeira de Mello afirma que não há definição legal de ato administrativo. Contudo, salienta a importância de diferenciar *ato administrativo* de *ato da Administração*, porque: (i) a Administração pratica inúmeros atos que não são atos administrativos, tais como os atos regidos pelo Direito Privado (por exemplo, locar uma casa para nela instalar uma repartição pública), atos materiais (pavimentar uma rua, ato que nem sequer é jurídico), e atos políticos ou de governo (iniciativa de lei pelo Poder executivo) e (ii) há atos que não são praticados pela Administração, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos, como, por exemplo, atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo[140].

O conceito de ato administrativo em sentido amplo, para Bandeira de Mello, é a "declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas manifestadas mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional"[141].

As definições de Odete Medauar e Lúcia Valle Figueiredo de ato administrativo estão muito próximas:

> "O *ato administrativo* constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade"[142].

> "Ato administrativo em sentido estrito é a *norma concreta*, emanada pelo Estado, ou por quem

[140] *Curso de Direito Administrativo*. p. 130 e 328/329.
[141] *Curso de direito administrativo*. p. 130 e 329/330.
[142] *Direito administrativo moderno*. p. 148.

> esteja no *exercício da função administrativa*, que *tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas* entre este (o Estado) e o administrado, *suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário*"[143].

Hely Lopes Meirelles define *ato administrativo* como "toda manifestação de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria"[144].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata de cada pormenor da definição de *ato administrativo*, a saber: ser uma declaração do Estado, estar sujeito ao regime jurídico administrativo, produzir efeitos imediatos e, por fim, estar sujeito a controle pelo Poder Judiciário, *in verbis*:

> "Para definir o ato administrativo, é necessário considerar os seguintes dados:
>
> 1. ele constitui **declaração do Estado** ou de quem lhe faça as vezes, é preferível falar em **declaração** do que em **manifestação**, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não se exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação da vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em Estado, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os demais Poderes, que também podem editar atos administrativos;
>
> 2. sujeita-se **a regime jurídico administrativo**, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isso, afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado;
>
> 3. **produz efeitos jurídicos imediatos**; com isso, distingue-se o ato administrativo da lei e afasta-se de seu conceito o regulamento que, quanto ao conteúdo, é ato normativo, mais semelhante à lei; e afastam-se também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos;
>
> 4. é sempre passível de controle judicial.
>
> As duas últimas características colocam o ato administrativo como uma das modalidades de ato praticado pelo Estado, pois o diferenciam do ato normativo e do ato judicial.
>
> Com esses elementos, pode-se definir o **ato administrativo** como **a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário**"[145].

---

[143] *Curso de direito administrativo*. p. 162/163.
[144] *Direito administrativo brasileiro*. p.149.
[145] *Direito administrativo*. p. 188/189.

Eros Grau e Paula Forgioni não discordam dos demais conceitos de *ato administrativo* citados acima:

> "São as seguintes as suas características: (i) tratar-se de declaração jurídica; (ii) provir do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais; (iii) estar sujeito ao regime de direito público; (iv) constituir ato infralegal, ou seja, baseado na lei, e finalmente, (v) sujeitar-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional"[146].

Assim, sem grandes controvérsias, podemos concluir que as decisões do CADE ao julgar um ato de concentração, permitindo a fusão de duas empresas, por exemplo, ou penalizando empresas pela prática de cartel, são *atos administrativos*, uma vez que expressam a vontade do Estado aplicando o Direito, nas suas mais diversas formas, quais sejam, criando, modificando ou extinguindo as relações entre o Estado e o administrado. Estando, portanto, sujeitas ao controle do judiciário.

5.3.1 Ato administrativo vinculado e discricionário

Segundo Bandeira de Mello *atos administrativos vinculados* são aqueles que, "por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma". Já os atos administrativos discricionários "seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles"[147]- [148].

---

[146] *O Estado, a empresa e o contrato*. p. 214/215.
[147] *Curso de direito administrativo*. p. 368.

A principal diferença entre eles, ainda segundo Bandeira de Mello, seria que, nos atos vinculados a Administração não dispõe de liberdade alguma de decisão, uma vez que a lei já regulou os aspectos a serem adotados, enquanto nos atos discricionários, a lei permite ao administrador certa liberdade de decisão. Para ilustrar os conceitos, Bandeira de Mello usa a aposentadoria compulsória como exemplo de ato vinculado e a autorização de porte de arma como exemplo de ato discricionário[149].

A diferenciação entre os atos administrativos vinculados e discricionários é importante para o presente estudo porque os primeiros podem sofrer a revisão plena do Judiciário e os outros não.

Odete Medauar entende que o ato administrativo vinculado provém do poder vinculado e que, embora a Administração tenha concedido ao administrador poder de decisão, já predetermina as situações e condições, orientando o julgador em uma só direção. O poder discricionário que emana dos respectivos atos discricionários facultaria a liberdade de escolha entre as várias possíveis e válidas estabelecidas pelo ordenamento. Mas essa liberdade não é ilimitada: pois o poder discricionário está restrito às normas legais e aos princípios norteadores da Administração. Vide *in verbis* o ensinamento de Medauar:

---

[148] No mesmo sentido de Bandeira de Melo é a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Pode-se concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. E a atuação é discricionária quando a administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito" (*Direito administrativo*. p. 205).

[149] *Curso de direito administrativo*. p. 369/370.

> "Há *poder vinculado*, também denominado *competência vinculada*, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção. Por isso, na doutrina se diz que há matérias de reserva legal absoluta, em que o vínculo da Administração ao bloco da juridicidade é máximo. Se houver uma só solução, como conseqüência da aplicação de uma norma, ocorre o exercício do poder vinculado.
> (...)
> Em essência, *poder discricionário* é a faculdade conferida à autoridade administrativa de diante de certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis.
> (...)
> A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o pode discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.
> Permanece, no entanto, certa margem livre de apreciação da conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis. Daí a atividade discricionária caracterizar-se, em essência, por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento. Com base em habilitação legal, explícita ou implícita, a autoridade administrativa tem livre escolha para adotar ou não determinados atos, para fixar o conteúdo de atos, para seguir este ou aquele modo de adotar o ato, na esfera da margem livre. Nessa margem, o ordenamento fica indiferente quanto à predeterminação legislativa do conteúdo da decisão"[150].

Hely Lopes Meirelles[151] compartilha o entendimento de Medauar, mas faz importante distinção entre poder *discricionário* e poder *arbitrário*, este último uma ação contrária ou excedente da lei, sempre ilegítimo e inválido; enquanto aquele é liberdade de ação administrativa, autorizada pelo Direito, sendo, portanto, legal e válida[152].

Lúcia Valle Figueiredo afirma que os atos vinculados são praticados diante de conceitos unissignificativos, enquanto os discricionários o são diante de plurissignificativos:

---

[150] *Direito administrativo moderno*. p. 119 e 122.

[151] "*Poder vinculado* ou *regrado* é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Nesses atos, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto. Daí se dizer que tais atos são *vinculados* ou *regrados*, significando que, na sua prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Nessa categoria de atos administrativos, a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo-padrão" (*Direito administrativo brasileiro*. p. 117).

[152] *Direito administrativo brasileiro*. p.118/119.

> "Normalmente, diz-se que os atos vinculados são praticados quando esteja o administrador diante de conceitos unissignificativos, de conceitos teoréticos, como os denomina Queiroz, ou de conceitos determinados, como os designa Enterría – enfim, diante de conceitos que admitem solução única. Estes seriam os atos vinculados, consoante nomenclatura comum da doutrina.
> Doutra parte, afirmam-se discricionários os atos em que o administrador tem opções diferentes, pois, se qualquer delas for escolhida, haverá cumprimento da norma legal.
> Verifica-se que ato discricionário não pode existir diante de conceitos teoréticos ou unissignificativos, porque, a Administração, nestes casos, estará diante de, apenas, possibilidade isolada. Colocar-se-ia, pois, a discricionariedade somente diante de conceitos plurissignificativos, porque, nestes, em princípio, a administração estaria diante de mais de uma possibilidade.
> Entretanto, as coisas não se passam bem assim. Não é pelo fato de estar a Administração diante de conceitos plurissignificativos ou indeterminados que terá possibilidade de escolha. O conceito deverá ser interpretado para ser aplicado. Desta forma, tem-se como primeiro limite da competência discricionária a adequada interpretação"[153].

As decisões do CADE são atos administrativos vinculados à medida que, analisando um ato de concentração ou um processo administrativo por infração contra a ordem econômica, o Administrador não tem liberdade de escolha: a lei já definiu quais atos de concentração devem ser submetidos ao CADE, bem como os tipos de decisão a tomar em caso de concentração no mercado, as penalidades por submissão intempestiva, etc. Também nos processos administrativos, a Lei já definiu os atos considerados infrações contra a ordem econômica, bem como as penalidades aplicáveis, etc.

Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas dividem a mesma opinião, reforçando os argumentos acima, com o fato de o CADE atuar como jurisdição voluntária e, assim, o rol de procedimentos e soluções serem taxativamente previstos em lei:

> "A SDE e a SEAE são órgãos do Governo, pertencentes à Administração Direta; o CADE é órgão do Estado, incrustado na Administração Pública Indireta. Assim, os atos de concentração e os processos administrativos, que tramitam nas Secretarias e acabam por receber decisão do CADE, são atos administrativos. Resta saber se se tratam de atos administrativos vinculados ou

[153] *Curso de direito administrativo*. p. 162/163.

> discricionários.
> O entendimento assente é o de que as decisões do CADE tanto com relação a atos de concentração, como a procedimentos administrativos, são emanações de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados. Chega-se a essa conclusão após a verificação de várias premissas.
> Em ambos os tipos de processo, a rigor, inexistem partes. No processo administrativo, há Representante e Representado; no ato de concentração, Requerente. Não há contenda, não se deduzindo interesses contraditórios, pois o que se busca proteger é a coletividade – direito difuso (parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 8.884/94), decidindo-se em relação a um deles e não a favor, contrariando o outro)"[154].

Portanto, as decisões do CADE são atos administrativos vinculados. As decisões do CADE estão vinculadas não somente às leis, mas às garantias e liberdades individuais. Tendo em vista essa sua natureza vinculada, a decisão do CADE poderá, portanto, ser revista pelo Poder Judiciário de forma plena, uma vez que somente os atos administrativos que digam exclusivamente respeito ao exercício da função política da Administração Pública (i.e. política de governo) estão excluídas da apreciação do Poder Judiciário, por serem uma opção do Executivo (preservação da autonomia e independência dos Poderes). Sendo ato administrativo vinculado, seus efeitos estão sujeitos ao controle judicial, especialmente, para que se verifique a observância dos princípios basilares da Administração Pública, quais sejam, a legalidade e a primazia do interesse público[155].

5.3.2 Termos indeterminados

Exercício abusivo de posição dominante, motivo preponderante da economia nacional, abuso de poder econômico, dominação de mercados, aumento arbitrário de lucros, dominação de mercado, dentre outros, institutos são alguns dos termos indeterminados, como denomina a doutrina, contidos na Lei 8.884/94.

---

[154]. *Direito e economia da concorrência*. p. 324.

[155] Da mesma opinião é Di Pietro: "Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu" (*Direito administrativo*. p. 210).

Importa estudar os aspectos desses termos porque deles está repleta a Lei 8.884/94 e é preciso distingui-los do ato discricionário.

Para Sérgio Varella Bruna, serão indeterminados os conceitos não só quando ambíguos, mas também imprecisos, embora a interpretação desses conceitos não esteja no campo da discricionariedade, porque o intérprete está vinculado aos princípios da ordem jurídica:

> "Os conceitos jurídicos serão indeterminados não só quando forem ambíguos, mas principalmente quando forem imprecisos os seus respectivos termos, ou seja, os *signos* empregados na sua expressão. (...) São *conceitos abertos*, que precisam ser completados por quem os aplique (...) Os parâmetros para tal preenchimento serão encontrados na realidade social, inclusive mediante a consideração das concepções políticas predominantes, as quais – como ensina Eros Roberto Grau – variam conforme a atuação das forças sociais. Importa ressaltar, sempre, na esteira daquilo que faz o mencionado professor, que as palavras que expressam o conceito serão sempre determináveis, ainda quando forem ambíguas e imprecisas (...) já se tem por superada a tese de que a atividade de preenchimento ou aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados compreender-se-ia na esfera da discricionariedade administrativa. No campo da discricionariedade, a Administração exerce suas opções entre diversas soluções igualmente válidas ou, dito em outras palavras, entre *indiferentes jurídicos*, segundo juízos de oportunidade. Já em relação à aplicação dos conceitos indeterminados pela Administração tal não ocorre, uma vez que não se trata se juízos de *oportunidade*, mas sim juízos de *legalidade*. Não há, em relação a tais conceitos, *indiferentes jurídicos*: ou se dá ou não se dá o conceito (...). Assim a tarefa de preencher tais conceitos, desvendando seus sentidos com vistas à aplicação de normas jurídicas, é tarefa de aplicar o Direito, que pressupõe *interpretação*. Ora, na tarefa de *interpretação* não há margem para discricionariedade, estando o intérprete vinculado aos princípios da ordem jurídica"[156].

Lúcia Valle Figueiredo concorda com o posicionamento de Bruna de que não se encontra nos conceitos indeterminados o abrigo da discricionariedade[157]. Figueiredo, ainda, afirma que a existência de conceitos indeterminados não traz discricionariedade para o juízo de subsunção e ressalta que a maioria dos conceitos jurídicos são indeterminados[158].

---

[156] *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. p.150.
[157] *Curso de direito administrativo*. p. 205.
[158] *Curso de direito administrativo*. p. 361.

Afirma a Profa. Rosa Nery afirma que os conceitos indeterminados serão concretizados com a ajuda dos direitos fundamentais, capazes de "fornecer consistência de decisões a outras realidades normativas e a outras esferas de interesse"[159].

Ou seja, mesmo quando o Administrador precisa de auxílio técnico para interpretar conceitos, a única solução possível de que dispõe é aquela já prevista em lei. É o que comumente se denomina de interpretação sistemática: não há lacunas no ordenamento que não possam ser supridas com suas próprias normas e princípios (normas supralegais). Assim, mesmo necessitando de ajuda técnica para interpretação, o ato é vinculado. Os administradores têm a obrigação de interpretar os conceitos da melhor forma possível, sempre usando como baliza os direitos fundamentais. Conforme ensinamento de Tércio Sampaio Ferraz Junior, "submeter a livre iniciativa, direito subjetivo fundamental, a uma discricionariedade, a um juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, é submeter a liberdade à tirania da técnica, à tecnocracia"[160].

[159] *Pessoa Natural: Sujeito de Direito*. p. 60.
[160] *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*. RevIBRAC. p. 89.

5.4 A revisão das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo

5.4.1 A abrangência do art. 50, da Lei 8.884/94

O art. 50[161] da Lei 8.884/94 estabelece que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, ou seja, não há qualquer órgão ou autoridade administrativa que possa revisar as decisões do Conselho, nem mesmo o Ministro da Justiça.

O Prof. Fábio Ulhoa Coelho explica que geralmente cabe ao Chefe do Poder Executivo a manifestação definitiva para encerrar as discussões no âmbito do Poder Executivo, mas o Direito pode estabelecer que níveis inferiores sejam a última instância de determinada matéria, como ocorre no caso do CADE. Qualquer questionamento sobre as decisões do CADE, segundo Coelho, deverá ser feita por propositura de ação perante o Judiciário[162].

Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas também reforçam a tese de impossibilidade de recurso hierárquico das decisões do CADE: "(...) o advento da Lei 8.884/94 selou a inexistência de recurso hierárquico, com relação às decisões do CADE.[163]".

---

[161] "Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições".
[162] *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94*. p. 116.
[163] *Direito e economia da concorrência*. p. 298.

João Bosco Leopoldino da Fonseca, sob outro prisma, entende que a decisão do CADE não poderá ser revista por órgãos que não disponham da mesma competência, sob risco de se destruir o sistema construído para proteger e equilibrar o funcionamento do mercado:

> "Suas decisões [do CADE] não estão sujeitas a revisão no âmbito do Poder Executivo. É óbvio que, se a lei cria um órgão com competência para dirimir as questões relativas à infração das leis de mercado, não poderá, depois, sujeitar tais decisões a revisão por órgãos destituídos da mesma competência. Se o fizesse, estaria destruindo todo o sistema construído para proteger o correto e equilibrado funcionamento do mercado.
> As decisões proferidas pelo CADE se assemelham às que são tomadas pelos órgãos competentes em matéria tributária: não cabem recursos outros senão aqueles previstos em lei"[164].

O ex-conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer já teve oportunidade de afirmar em voto que não existir revisão das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo comprova a sua independência, demonstrando que o CADE é um órgão que executa uma política de Estado e não de Governo:

> "Um segundo aspecto da independência do órgão reside no fato de que, nos termos do art. 50 da Lei nº 8.884/94, 'as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo'. Assim, nenhum outro órgão ou autoridade administrativa, sequer o próprio chefe do Poder Executivo Federal, poderá rever as decisões do CADE. Neste contexto, o Conselho é absolutamente soberano na interpretação e aplicação da legislação de defesa da concorrência. Tal aspecto reforça ainda mais a independência decisória do CADE, demonstrando, de forma definitiva, que o órgão é destinado a executar uma política de Estado (a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica) e não uma política de governo[165]".

Pelo exposto, conclui-se que, embora geralmente caiba ao chefe do Poder Executivo a manifestação definitiva sobre as decisões, no caso específico do CADE é prerrogativa do Conselho, em âmbito administrativo, a última palavra em relação os casos sob seu julgamento.

---

[164] *Lei de proteção da concorrência. Comentários à lei antitruste*. p. 130/131.
[165] A.C. nº. 08012.006762/2000-09 (entre Banco Finasa de Investimentos S.A., Brasmetal Indústria S.A. e Zurich Participação de Representações), de 28.11.2001.

6. O Poder Judiciário

6.1 Princípio da inafastabilidade da jurisdição

Na Constituição Federal de 1988, princípio da inafastabilidade da jurisdição está consagrada no art. 5º, inciso XXXV, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Segundo Amanda Flávio de Oliveira, o fundamento do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição é a teoria da tripartição dos poderes, pela qual o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo têm as suas respectivas funções de julgar, aplicar e fazer leis, não podendo um Poder interferir na função do outro[166].

A partir dessa teoria, de forma bem resumida, podemos deduzir que, embora alguns órgãos administrativos tenham função jurisdicional, tal como o CADE e Conselho de Contribuintes, consagrando a máxima de que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, cabe ao Poder Judiciário, em última instância, fazer o julgamento final das causas que lhe são submetidas, porque somente o Judiciário detém o monopólio estatal da jurisdição, com força irresistível e coativa.

[166] "A intenção é unicamente mencioná-la [teoria da separação dos poderes] como o fundamento último do próprio princípio da unicidade de jurisdição, acreditando mesmo que, em Direito, a maioria das discussões quase sempre conduz a essa teoria" (OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. p. 40).

Odete Medauar afirma que o controle dos atos da Administração pelo Poder Judiciário constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito:

> "No tocante ao controle da Administração, o preceito afirma a regra da unicidade de jurisdição. Assegura a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra a ameaça de lesão de direitos. A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos"[167].

A partir do princípio da unicidade de jurisdição, Di Pietro[168] afastou de nosso ordenamento pátrio a possibilidade de existirem órgãos do contencioso administrativo que exerçam função jurisdicional como o Poder Judiciário. Contudo, *data maxima venia*, a Ilustre Profa. não mitigou a regra, lembrando do Tribunal de Contas (art. 73 da Constituição Federal de 1988[169])e do Tribunal Marítimo[170], que constituem jurisdições autônomas.

Lúcia Valle Figueiredo afirma que, a partir da Constituição de 1988, o controle dos atos administrativos pelo Judiciário foi aumentado, pois, além das lesões ao direito, estão abrangidas também as ameaças. Figueiredo ensina que o limite do Poder Judiciário no tocante à revisão das decisões administrativas será estabelecido por ele mesmo:

---

[167] *Direito administrativo moderno*. p. 424.

[168] Vide a opinião da Profa: "O direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de direitos individuais ou coletivos. Afastou, portanto, os sistemas da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre líder de que a Administração Pública seja parte interessada" (*Direito Administrativo*. p. 616.)

[169] "Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96".

[170] A Lei 2180/54 em seu art. 1º define o Tribunal Marítimo como "órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha", , com jurisdição em todo o território nacional.

> "O controle externo pelo Judiciário, nesta Constituição de 1988, foi aumentado e fortalecido. Dizemos aumentado porque, agora, não se limita o exame do Judiciário às lesões de direito. A mera ameaça já fundamenta a revisão ou correção judicial. (...)
> Afigura-se nos, sem sombra de dúvida, que a prestação judicial há de ser implementada sempre que solicitada (...)
> E concluímos que o ato administrativo, individual ou de caráter normativo, *deve ser esmiuçado até o limite em que o próprio magistrado* entenda ser seu campo de atuação. Não há atos que se preservem *ao primeiro exame judicial*.
> *O exame judicial terá de levar em conta não apenas a lei, a Constituição, mas também os valores principiológicos do texto constitucional, os 'standards' da coletividade* (...)
> O limite da atuação do Poder Judiciário será gizado pelo próprio Judiciário, que tem por finalidade dizer o direito no caso concreto, sem invadir a competência administrativa. Isso faz parte do equilíbrio e do jogo dos poderes"[171].

Conclui-se, dessa forma, que nas decisões em âmbito administrativo incluem as decisões do CADE de caráter vinculado, não estão excluídas do princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário, sendo passíveis de revisão judicial, que não tem, entretanto, o poder discricionário de estabelecer seus parâmetros de revisão. Os parâmetros, embora dependam da interpretação sistemática para serem verificados, utilizando-se muitas das vezes de princípios não explícitos, encontram-se dentro do nosso sistema jurídico.

6.2 A revisão judicial das decisões do CADE

Maria Cecília Andrade entende que as decisões do CADE devem respeitar os princípios administrativos e que estão sujeitas ao controle do Judiciário quando houver lesão ou ameaça ao direito. Contudo, frisa que o Judiciário não poderá intervir nas questões técnicas, salvo erro manifesto ou caso de nulidade absoluta, mas poderá intervir no tocante à fundamentação da decisão tomada pelo CADE, sendo possível a apreciação não apenas de questões de legalidade, mas também de razoabilidade e proporcionalidade. Confira-se o entendimento de Andrade:

---

[171] *Curso de direito administrativo*. p. 358 a 362.

> "Por conseguinte, o nosso sistema jurídico-constitucional abre a possibilidade de propositura de ação perante o Judiciário contra qualquer decisão do CADE em que se verifique lesão ou ameaça de direito, diferentemente do que ocorre no direito comunitário, em que a atuação do Tribunal de Justiça encontra-se limitada ao exame das questões de legalidade das decisões da Comissão Européia e, ainda, no que diz respeito à dosagem das multas ou sanções pecuniárias compulsórias que tenham sido aplicadas.
> Pergunta-se: isso significa que o Poder Judiciário poderá rever as decisões do CADE em sua integralidade? Essa resposta pode ser dividida em duas partes. Em primeiro lugar, no que se refere às questões técnicas, como a avaliação do poder de mercado, a determinação de mercado relevante e outras apreciações de natureza econômica, que são objetos dos pareceres técnicos emitidos pela SEAE e pela SDE, e desprovido de natureza vinculativa para o julgador do CADE, entendemos que o Poder Judiciário não teria a competência para alterar qualquer assertiva ali presente, salvo erro manifesto ou em se tratando de alguma nulidade absoluta.
> Em segundo lugar e respondendo à pergunta, caberia então ao Poder Judiciário intervir no mérito sim, pois, apesar de o julgador do CADE não estar vinculado aos pareceres técnicos das Secretarias, se ele não os aceita, tem a obrigação de fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade absoluta. Nesse ponto, indiscutivelmente, caberia a revisão do Poder Judiciário. E depois, na hipótese de o parecer técnico ser acolhido, caberia ainda a intervenção do Poder Judiciário no que diz respeito à fundamentação da decisão tomada pelo CADE, sendo possível a apreciação não apenas de questões de legalidade, mas também de razoabilidade e proporcionalidade"[172].

Tércio Sampaio Ferraz, relembrando que a decisão do CADE é um ato administrativo vinculado, passível, portanto, de controle pelo Judiciário, entende que o mérito da decisão poderá ser reapreciado, não se limitando a questões formais de competência e de moralidade, cabendo ao Judiciário examinar os fundamentos da decisão[173].

José Eleares Marques Teixeira, ex-representante do Ministério Público Federal que atuava perante o CADE, é da mesma opinião, ou seja, de que as decisões da Administração Pública, salvo as exceções já mencionadas, não podem furtar-se à revisão judicial, opinando que até mesmo as questões técnicas seriam passíveis de revisão[174]:

---

[172] *Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. p. 416/417.
[173] *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*. RevIBRAC. p. 89
[174] Importante ressaltar que Teixeira defende que as decisões do CADE são atos administrativos discricionários, posição contrária à que ora se defende.

> "À exceção dos únicos dois casos de jurisdição anômala admitidos na Constituição Federal e entregues, respectivamente, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, o sistema brasileiro de jurisdição única submete todos atos e decisões da Administração Pública ao controle judicial. Não fogem a essa regra as decisões do CADE, seja quando exerce a ação antitruste no controle de condutas, seja quando o faz no controle de estruturas.
> (...)
> O fato de as decisões do CADE decorrerem do exercício de uma discricionariedade técnica não significa que estejam imunes ao controle judicial, no tocante ao seu mérito. Embora haja quem defenda que nas questões técnicas complexas o Judiciário deva exercer um controle mínimo, no sentido de apenas conferir se a decisão administrativa está devidamente motivada, o certo é que a posição majoritária inclina-se por reconhecer que, da dificuldade para o exercício do controle dessas decisões pelo juiz, não resulta liberdade sem limites. É dever do juiz apreciar a solidez dos critérios técnicos que deram ensejo à decisão, valendo-se, quando necessário, de peritos no assunto.
> Os conceitos jurídicos indeterminados contidos na Lei nº 8.884/94, enfim, não conferem ao CADE plena discricionariedade, porque, em se tratando de conceitos de experiência, não há liberdade na sua definição, sendo determináveis mediante processo interpretativo. E ainda que alguns desses conceitos venham a ser considerados conceitos de valor, isso não significa total liberdade, já que a sua definição deve ser buscada com a aplicação do princípio da razoabilidade"[175].

Antonio Fonseca, ex-conselheiro do CADE, afirma que o Judiciário poderá rever a decisão administrativa quando suas decisões apresentarem algum caráter político. Nesta hipótese, a revisão poderia ser ampla, ficando nas demais hipóteses o Judiciário limitado ao seu poder de revisão. O ex-conselheiro sugere que seria preferível não entrasse o Judiciário na questão técnica, respeitando-se a especialidade do CADE, o que não impede que, verificada lesão ou ameaça de direito, a decisão seja alterada:

> "A decisão vale por si, isto é, independentemente da técnica que ela embute. O seu conteúdo valorativo, em tese, pode sempre ser revisto. Assim, é equivocada a generalização segundo a qual as decisões da agência como o CADE somente se sujeitariam à revisão judicial nos seus aspectos formais. A agência tem o direito público de formular sua política, pautada por ingredientes técnicos e na busca de objetivos de eficiência e bem-estar. Os agentes econômicos são sujeitos de direito e obrigações na ordem concorrencial. Ademais, certas entidades estão legitimadas a zelar pelo direito da coletividade a uma concorrência sustentável. Onde esses direitos entram em conflito, o Judiciário tem o poder constitucional de apreciar e, em sendo identificado qualquer lesão, adotar a reparação adequada.
> A revisão pode ser abordada sob o prisma da natureza da justiça administrativa, se está empenhada na busca da verdade ou se suas decisões guardam algum caráter político. No primeiro caso, a revisão judicial poderá ser feita amplamente, de acordo com o entendimento do juiz. No segundo caso, a corte judicial estaria limitada no seu poder de revisão. Todavia, nunca

[175] *Controle judicial das decisões do CADE*. RevIBRAC. p.186.

> se sabe precisamente onde a decisão administrativa baseou-se em motivos técnicos ou políticos.
> A experiência judicial revela que as cortes tendem a não alterar algum elemento da discrição administrativa, a menos que esse elemento seja capaz de afetar direitos legalmente exigíveis por indivíduos ou coletividades. Esta parece ser uma posição acertada, no sentido de respeitar a autoridade que decorre da especialização da agência. Isto não exclui o poder/dever do Judiciário de, escrutinando o mérito da discrição administrativa, examinar eventual lesão de direito e, sendo o caso, repará-la.
> O Judiciário não está preocupado com o mérito da política adotada pela autoridade, mas com a proteção dos direitos individuais, nos termos das questões submetidas a exame. Comprometidos com esse múnus, os juízes reinvidicam para si, sempre que podem, avaliar a adequação técnica. Aqui como alhures, eles acreditam que a sua valoração, quando possível, tem por fim 'evitar sob aparência de técnica de disfarce o exagerado arbítrio ou injustiça notória'. Por tudo isto, o presente estudo não considera a discricionariedade técnica como um papel dos tribunais administrativos"[176].

Franceschini também partilha da opinião[177]-[178] de que a revisão judicial não pode restringir-se aos aspectos formais e deve adentrar no mérito, diferenciando o mérito administrativo do mérito processual, exemplificando que não cabe ao Judiciário avaliar a conveniência, oportunidade e justiça da aplicação da penalidade do CADE, mas apenas examinar o cabimento e regularidade formal da medida imposta:

---

[176] *Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial*. RevIBRAC. p. 31/32.

[177] Compartilha a mesma opinião Fábio Nusdeo: "A revisão judicial, no caso do Direito Econômico, não precisa diferenciar-se em termos substantivos da atividade normal desenvolvida pelo Judiciário. No entanto, a estruturação de todo um sistema para a elaboração e aplicação das suas normas e o enfoque especial sob o qual as analisa a Escola do 'Public Choise' parecem recomendar algumas observações específicas. Em primeiro lugar, dada a vulnerabilidade de tais normas, aqui apontadas particularmente no capítulos I e III, parece evidente não poder se cingir dita revisão apenas a aspectos formais, sem adentrar o campo mais movediço da própria dinâmica de interesses subjacentes àqueles preceitos ou a outros atos deles decorrentes. Em outras palavras, deve ficar bem claro para o magistrado qual o conflito de interesses presente, qual a sua natureza, como se distribuem os seus titulares, bem como os benefícios e os ônus correlatos. (...) Importante esclarecer que a "teoria da 'Public Choise', ao partir de pressupostos teóricos, segundo os quais a produção da legislação, bem como a ação das agências encarregadas de sua aplicação seguiriam os mesmos padrões prevalecentes no mercado, chegou a conclusões sombrias sobre as razões e os efeitos dessa legislação, contrariando, assim, a opinião predominante, de que ela se destinava, sem mais, a atender o interesse público" (*Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. p. 138).

[178] Vale salientar a definição de *Public Choice* ou Teoria da Escolha Pública – TEP de Lúcia Helena Salgado: "Na linha de trabalho consagrada em Chicago, a TEP procura aplicar os postulados básicos da microeconomia neoclássica à compreensão do funcionamento da arena política. O argumento básico é que, seja no mercado, seja na política, os indivíduos comportam-se da mesma maneira, movidos pelas mesmas motivações, ou seja, são maximizadores do interesse próprio. É um erro, segundo essa leitura, supor que as políticas públicas são conduzidas por motivações alheias ao interesse pessoal daqueles envolvidos – políticos, burocratas, lobistas – em nome de alguma entidade abstrata da dimensão do interesse público" (*A economia política e a ação antitruste – O debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro*. p. 89/90)

> "As decisões do CADE não podem ser soberanas e definitivas, como que emanadas de senhor feudal, mesmo porque constitui princípio cediço entre os Estados de Direito, que a administração não há de exercer função formalmente jurisdicional, cumprindo ao Poder Judiciário, por mandamento constitucional, a ampla revisão da legalidade dos atos administrativos. (...) O controle judiciário não se limita aos aspectos extrínsecos da legalidade, descendo ao exame da motivação e da finalidade da decisão proferida pelo CADE. (...) Comum é o argumento de que, no exame da legalidade das decisões do CADE, não poderia o Poder Judiciário apreciar o 'mérito' da decisão. A verdade é que tal argumentação confunde a noção de 'mérito admistrativo' com os conceitos de 'mérito processual', e de 'motivos determinantes' (....) exemplificando: o Poder Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar o seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição"[179].

Também o Prof. Peluso sustenta que cabe ao Poder Judiciário e não ao CADE a decisão final sobre as infrações decorrentes de abuso de poder econômico. Salienta o ilustre Prof. que alegar que o currículo dos magistrados está desatualizado sobre a matéria (argumento sem qualquer respaldo científico aliás) não constitui justificativa para excluir da apreciação do assunto o Poder Judiciário e que, se as decisões envolvem tema de natureza político-econômica, a fundamentação da decisão do Judiciário terá a mesma natureza:

> "Como se viu, a própria lei estabelece que não compete ao CADE e sim ao Poder Judiciário o julgamento definitivo dos Atos de Abuso do Poder Econômico. O assunto reveste-se de dificuldades práticas, pois os membros deste Poder, certamente em virtude da desatualização dos currículos das Faculdades de Direito, nem sempre revelam plena e segura convicção de que os dispositivos legais sobre política econômica constituam Direito posto e, como tal, sejam objeto de seu julgamento.
> Baseando-se em alegações corporativistas de invasões sobre áreas de Poderes diferentes, e outras de igual teor, configura-se o incompreensível alheamento ao dever de fazer justiça ante a realidade que se apresenta, para o que se recorre a expedientes de escapismo e incompetência, consagrados no jargão corrente como 'síndrome de Pilatos'. A decisão que exclua os temas de política econômica, sem considerar o que traduzam ou devam traduzir matéria de realidade submetida ao Judiciário, não tem acolhida no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, no qual está disposto que 'todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e *fundamentadas todas* as decisões sob pena de nulidade ...' (grifos nossos). Somente se pode compreender essa 'fundamentação' pela consideração do assunto sobre o qual versa a dúvida e não por filigranas diversionistas bloqueadoras do ataque ao mérito da questão, ou seja, ao tema em discussão. **Portanto, ao cumprir-se o dispositivo constitucional, se o tema for de natureza político-econômica, tal será o objeto da fundamentação para a decisão**. É bem verdade que o método dogmático trouxe esse vício na aplicação do Direito, entre nós, limitando

[179] *Ensaios reunidos*. p. 119/120.

> a visão do julgador, especialmente quando se trate de Direito ajustado à realidade"[180] (negritos acrescentados).

Em seu livro, todavia, ao comentar a decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça em sede de mandado de segurança n. 1.048-0/DF (910.012, p. 18-16), de 24.3.94, pondera ele, citando o voto do Relator Francisco de Peçanha Martins, que não cabe ao Judiciário estabelecer as diretrizes de política econômica, pois ao Judiciário não cabe governar:

> "(...) Ao Judiciário, portanto só interessa a legalidade do ato, e, no seu exame, a par do conteúdo jurídico, a questão também envolve conteúdo político-econômico, e isso ficou claramente demonstrado, não só pelo calor, como na expressão dos votos já proferidos. O aspecto jurídico foi, de certo modo, obnubilado pelas preocupações restritas ao conteúdo político e econômico. E se desse conteúdo político-econômico decorre desequilíbrio à economia dos triticultores, se causa êxodo rural, **se dificulta a livre iniciativa, no meu entender, a censura refoge ao Judiciário, encontra sede apropriada no Congresso Nacional, que deve, imagino, fiscalizar a política econômica do Governo. Em síntese, *datissima venia*, o Judiciário não pode e não deve estabelecer diretrizes de política econômica**. **E mais, o Judiciário não pode governar, ditando a política econômica.** Seria invasão de atribuições, com tal significação, constituindo séria distorção, inclusive porque ao Judiciário falta adequado assessoramento técnico, capaz de oferecer elementos válidos para bem aferir da conveniência ou não da importação questionada (...).
> Com essas razões, argumentativas e de genérica exposição, concluindo, destaco que, a foco exclusivo da legalidade, portanto, espanto qualquer outra consideração de conveniência ou inconveniência da importação, das razões da importação, afastando censuras, porque, para tanto, a sede apropriada é política, o que vale dizer, o Congresso Nacional, quanto ao desacerto, ao momento, à forma da importação. Posso até comungar da censura como cidadão, mas não devo administrar a política econômica como juiz "[181] (negritos acrescentados).

Heloisa Carpena destaca que as decisões do CADE, bem como as decisões administrativas em geral, têm passado pelo controle judicial e são amplamente examinadas, não apenas no aspecto legal, mas no mérito também:

> "(...) as decisões do CADE, como as decisões administrativas em geral, estão sujeitas ao controle judicial. Há controvérsias em doutrina sobre os limites dessa revisão, divergindo os autores quanto à natureza da atividade do Conselho – se vinculada ou discricionária. Todavia, em juízo**, tais questões têm sido amplamente examinadas, não apenas no aspecto formal, do ponto de vista da legalidade**, **mas também no denominado mérito administrativo, o que**

[180] *Primeiras linhas de direito econômico*. p.273/274.
[181] *Primeiras linhas de direito econômico*. p. 275.

> **pressupõe análise da prova produzida e até mesmo sua complementação, se o julgador entender necessário**"[182] (negritos acrescentados).

Fernando de Magalhães Furlan, ex- Procurador-Geral do CADE e atualmente Conselheiro, também compartilha da opinião de que o Judiciário é a última instância para analisar as questões concorrenciais:

> "(...) é **ao Judiciário que cabe, em última instância, a aplicação da lei antitruste**, considerando o inarredável sistema pátrio da jurisdição judicial única. O amadurecimento da interpretação dos critérios e hipóteses previstos na legislação específica da concorrência depende não somente do debate no âmbito dos órgãos responsáveis pela jurisdição administrativa mas especialmente do intercâmbio exegético entre autoridades administrativas e judiciárias"[183] (negritos acrescentados).

Posição contrária à dos juristas acima é a do advogado Laércio Farina, que afirma ser restrito ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos da Administração, não podendo aquele rever o mérito que é apreciado pelo CADE[184]:

> "No sistema brasileiro, o Poder Judiciário detém o monopólio do controle da legalidade (...). Todas as questões que envolvam a apreciação da legalidade podem ser submetidas ao Poder Judiciário. Isso não é verdade para a avaliação dos critérios discricionários. (...) No exame do ato discricionário, o magistrado não pode substituir sua avaliação pessoal à avaliação pessoal do administrador. Ao magistrado, ao Poder Judiciário, está restrita a análise da legalidade do ato, isto é, se, no exercício da discricionariedade, levada a cabo pelo administrador, foram observados os limites que a própria lei impõe – ou permite – ao administrador: o exercício da discricionariedade. Portanto, parece-nos que dentro desse **conceito de controle de legalidade a ser feito pelo Poder Judiciário não está incluído o mérito submetido, eventualmente, ao exame do Judiciário, porque este mérito é apreciado dentro do poder discricionário que toca ao CADE**. Dentro dos limites que lhe permite a lei, ao Poder Judiciário caberá avaliar – se a questão lhe for levada a exame – se esses limites foram ou não ultrapassados, se os ditames constitucionais relativos à atividade administrativa foram ou não cumpridos, mas jamais modificar o juízo a respeito de determinada situação, tomado por base no poder discricionário da autoridade administrativa"[185] (negritos acrescentados).

---

[182] *O consumidor no direito da concorrência*. p. 164.
[183] *A aplicação das Leis Antitruste no Poder Judiciário Brasileiro*. *apud* Oliveira, Gesner e Rodas, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. p. 335.
[184] Ressalta-se que a posição de Farina sobre a natureza dos atos administrativos é diversa da ora defendida, já que este entende que os atos do CADE são discricionários.
[185] *Do processo administrativo da natureza do ato*. Revista do IBRAC. *apud* Oliveira, Gesner e Rodas, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. p. 328.

Idêntico é o entendimento de Seabra Fagundes:

> "Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle quanto à extensão"[186].

Há decisões judiciais também nesse sentido, tal como a exarada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, abaixo citada[187]:

> "**Compete ao CADE, com exclusividade, e não ao Poder Judiciário, o conhecimento e julgamento de ofensa à ordem econômica, eis que não cabe a este decidir sobre danos à ordem econômica**. (...) Ora, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente a ação da KIMIKOIL contra a ESSO, entender legítima de denúncia do contrato pela ESSO, no exercício regular de um direito. **E foi expressa ao afirmar não lhe caber decidir sobre danos à ordem econômica. No que estava corretíssima. Tal competência resta ao CADE**" (negritos acrescentados).

E, ainda, a do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Cabe ao Poder Executivo o direito e o dever de fixar prioridades de sua administração, sopesando ações outras que, a critério desse mesmo Executivo, possam ser prioritárias. **Assim, não podem os juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da Administração, sob pena de violação constitucional da independência dos poderes do Estado** (JTJ 145/25)".

Pelo exposto, embora haja juristas que entendam poder a decisão do CADE ser revista apenas parcialmente, que as questões técnicas não podem ser revistas, senão para apreciar nulidades, persiste o fato de que, segundo o nosso sistema legal, os atos administrativos emanados pelo CADE, podem ser revistos pelo Poder Judiciário em sua totalidade. Todavia, considerando que o

---

[186] *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* p. 148-150.

[187] FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da Concorrência Case Law*. P. 560/561. Processo Administrativo nº 45/92, de 13.5.1998, DOU 19.4.2000.

CADE é um órgão extremamente especializado, e que qualquer processo antes de ser julgado pelo Conselho, também passou pela análise das secretarias de direito econômico do Ministério da Justiça (SDE) e da de acompanhamento econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), deverá o Judiciário aproveitar todo o material técnico elaborado pelo sistema brasileiro de defesa econômica no seu julgamento, salvo se houver nulidade, pois se trata de material extremamente técnico e a sua elaboração novamente pelo Poder Judiciário causará morosidade excessiva nos julgamentos dos casos.

Ao Judiciário não cabe analisar a política econômica adotada pelo Estado, mas apenas verificar se as decisões levadas à sua apreciação houve efetivamente lesão ou ameaça ao Direito.

6.2.1 Competência e foro

O art. 109, inciso I, da Constituição Federal[188] estabelece que cabe aos juízes federais processar e julgar as causas em que autarquias federais forem autoras, rés, assistentes ou oponentes. Tendo em vista a natureza autárquica do CADE, a competência para julgar e processar casos que contestem as decisões do CADE é da Justiça Federal.

[188] "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho".

O foro competente será o da Seção Judiciária do Distrito Federal, onde assiste a sede do CADE. Nos casos em que a discussão tratar-se da execução judicial das decisões do CADE[189], o Conselho poderá optar por propor a ação na sede do domicílio do executado[190].

6.2.2 O depósito judicial das multas – arts. 65 e 66[191]

Cabe salientar que, para se impugnar judicialmente qualquer decisão do CADE, com o objetivo de desconstituir a imposição de fazer ou não fazer, deverá o autor da ação garantir o Juízo.

Ensina o Prof. Fábio Ulhoa Coelho que a garantia deverá incluir as multas e o cumprimento integral da decisão do CADE, por meio de depósito judicial e caução, respectivamente[192].

---

[189] "Art. 60. A decisão do Plenário do Cade, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.
Art. 61. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniárias será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.
Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
§ 1º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.
§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas.
Art. 63. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.
Art. 64. A execução das decisões do Cade será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do Cade" (negritos acrescentados).

[190] Oliveira, Gesner e Rodas, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. p. 319/320.

[191] "Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.
Art. 66. Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo.

[192] *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94*. p. 139.

A jurisprudência nacional consolidou esse entendimento. A Título de exemplo, tem-se julgado cujo precedente foi proferido pela Juíza da 13ª Vara Federal do Distrito Federal, ao analisar o recurso ao Judiciário da decisão do CADE no caso do cartel dos vergalhões do aço, decidiu que as empresas punidas apresentassem fiança bancária de R$ 245.000.000 (duzentos e quarenta e cinco milhões de reais) milhões e R$ 75.000.000 (setenta e cinco milhões de reais), respectivamente, para recorrer de decisão do CADE que as condenou por formação de cartel.

A Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região decidiu no mesmo sentido em 2.5.2007: as multas aplicadas pelo CADE somente poderiam ser suspensas judicialmente mediante o depósito de seu valor integral. A decisão foi proferida no julgamento de recurso interposto pela empresa italiana Impregilo S.p.A, que apelou ao Poder Judiciário contra multa de R$ 1.200.000 (um milhão e duzentos mil reais) estipulada pelo CADE pela intempestividade da apresentação de ato de concentração da aquisição do controle da Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A., administradora da Rodovia dos Imigrantes, em São Paulo.

Por fim, vale consignar que o Juízo pode ser assegurado por todos os meios admitidos no sistema processual civil.

6.2.3 Análise da jurisprudência

A fim de se estabelecer um corte metodológico para análise das decisões do Judiciário envolvendo o CADE, neste item serão analisadas as decisões mais recentes e mais relevantes para este estudo, prolatadas nos anos de 2006 e 2007.

Analisando essas decisões, será possível verificar o posicionamento do Judiciário ou, ao menos, sua tendência sobre as decisões do CADE, bem como de que forma as decisões do Conselho foram alteradas e os respectivos motivos.

6.2.3.1 Decisões do Judiciário que confirmaram a decisão do CADE

A. Processos Administrativos – Infração contra a ordem econômica – função repressiva

A.1 Cartel – Postos e Sindicato do Estado de Pernambuco

O CADE condenou, em 02.06.2004, o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo e Lojas de Conveniência no Estado de Pernambuco – SINDICOMBUSTÍVEIS/PE por cartel na região metropolitana de Recife (P.A. 08012.003208/1999-85), ao pagamento de multa no valor equivalente a 15% da sua receita bruta, excluídos os impostos, referente ao ano anterior à instauração do processo administrativo. Os dirigentes do SINDICOMBUSTÍVEIS/PE, Romildo Ferreira Leite e Joseval Alves Augusto, foram também condenados ao pagamento de multa no valor equivalente a 15% do valor integral da multa imposta ao Sindicato que representam.

As empresas recorreram ao Judiciário e alegaram que não foi respeitado o prazo de 60 dias estabelecido para a conclusão das averiguações preliminares (art. 31 da Lei 8.884/94) e que não havia provas do cometimento de crime contra a ordem econômica (ação de procedimento

ordinário nº 2006.34.00.012066-9 que tramitou na 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal).

A juíza federal substituta, Raquel Soares Chiarelli, em 18.1.2007, indeferiu a antecipação dos efeitos pretendidos na ação, alegando que o prazo de 60 dias não deve ser aplicado taxativamente, quando não for suficiente para a apuração de fatos complexos:

> "É certo que a Lei nº 8.884/94 estabelece o prazo de 60 dias para a conclusão das averiguações preliminares, porém a proteção à ordem econômica e ao bem da sociedade como um todo não podem ser sacrificadas pela aplicação taxativa desse prazo, quando isso impedir a eficaz e acurada apuração de fatos que, por sua complexidade e relevância, exigirem um prazo maior para uma segura perquirição".

Ressaltou, ainda, haver provas suficientes nos autos que justificassem a condenação dos autores pela prática de cartel:

> "De fato, o conjunto probatório acostado aos autos afasta a verossimilhança das alegações dos autores, já que documentos como a conclusão da 'CPI dos Combustíveis' (fls. 1053/1279) análise de mercado feita pela ANP (fls. 711/720 e 1294/1318) e as próprias atas de Assembléias realizadas pelo Sindicombustíveis/PE (fls. 1031/1048) apontam para a procedência dos fatos que levaram o CADE a aplicar pena de multa aos proponentes da presente ação".

Por fim, frisou a magistrada que a decisão do CADE tem força de título executivo extrajudicial e o seu afastamento só deve ocorrer por força de liminar em caso de evidências concretas e inequívocas de abuso ou ilegalidade:

> "Destaque-se, por fim, que a **decisão plenária do CADE tem força de título executivo extrajudicial, emitido sob os princípios da presunção de legitimidade e da auto-executoriedade dos atos administrativos**, sendo que o Egrégio TRF 1ª Região tem firmado o entendimento de que **não cabe seu afastamento por força de liminar**, a não ser que os autos tragam **evidências concretas e inequívocas de abuso ou ilegalidade**, o que não é o caso dos autos" (negritos acrescentados).

A.2. Cláusula de exclusividade - Unimed Mogiana

As empresas Unimed de Bragança Paulista, Unimed Regional da Baixa Mogiana, Unimed Leste Paulista, Unimed de Mococa, Unimed de Capivari, Unimed de São José do Rio Pardo, Unimed de Amparo, Unimed de Araras e Unimed Campinas foram condenadas pelo CADE, em 30.3.2005 (P.A. nº. 08012.005071/2002-41), pela prática anticompetitiva de imposição de exclusividade na prestação de serviços médicos aos cooperados.

O CADE decidiu pela extinção do Processo Administrativo em relação à Representada Unimed Campinas porque a empresa fora anteriormente condenada pela mesma conduta. Em relação às demais empresas, o CADE aplicou as seguintes penas:

(i) multa no valor de R$ 63.846,00 (sessenta e três mil, oitocentos e quarenta e seis reais), correspondente a 60.000 (sessenta mil) UFIRs, às Representadas Unimed de Amparo/SP; Unimed de Araras/SP; Unimed de Bragança Paulista/SP; Unimed Regional da Baixa Mogiana/SP; Unimed de Mococa/SP; Unimed de Jundiaí/SP; Unimed de Capivari/SP e Unimed de São José do Rio Pardo/SP;

(ii) quanto à Unimed Leste Paulista, tendo em vista a reincidência, com fundamento no art. 23, parágrafo único, da Lei 8.884/94, aplicou-se multa no valor de R$ 127.692,00 (cento e vinte e sete mil, seiscentos e noventa e dois reais), correspondente a 120.000 (cento e vinte mil) UFIRs;

(iii) determinação de remessa de cópia dos autos ao Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual do Estado de São Paulo e à Agência Nacional de Saúde Suplementar, para as providências que acharem necessárias;

(iv) determinação de alteração do Estatuto das Representadas a fim de que fosse excluída a cláusula de exclusividade, devendo abster-se de impor qualquer sanção a médicos cooperados que não observem a unimilitância;

(v) imputação, sem prejuízo de multa cominada e em conformidade com o art. 24, inciso I, da Lei n.º 8.884/94, de obrigação às Representadas de realizar, às suas expensas, publicação em meia página, no jornal de maior circulação no mercado relevante geográfico, do extrato do voto do Relator, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas;

(vi) determinação às Representadas que comunicassem o teor da decisão aos seus associados, por qualquer meio interno de divulgação.

A Unimed Mogiana, condenada ao pagamento de R$ 63.846,00 (sessenta e três mil, oitocentos e quarenta e seis reais), requereu ao Judiciário que a multa fosse suspensa (ação de procedimento ordinário nº. 2005.34.00.018111-0 em trâmite perante a 20ª Vara da Justiça Federal de Brasília), porém, o juiz Paulo Ricardo de Souza Cruz, julgou improcedente o pedido, em agosto de 2006.

A decisão reconheceu que a cláusula de exclusividade aos cooperados poderia configurar manobra para dominação de mercado relevante e violação da livre concorrência:

> "Cumpre ter claro que, efetivamente, **a imposição de cláusula de exclusividade** para os médicos 'cooperados', isto é, filiados a um determinado plano de saúde, **pode configurar manobra objetivando a dominação de mercado relevante e violação da livre concorrência**.
> É que na hipótese de um plano de saúde que ocupe uma posição de relevo no mercado relevante, impedir seus médicos de atenderem a pacientes vinculados a outros planos acabará por relegar esses outros planos a uma posição periférica, quase marginal no mercado, dado que não poderão oferecer a seus clientes potenciais a possibilidade de serem atendidos por uma grande quantidade de médicos, que certamente já serão filiados ao plano que ocupe a posição dominante no mercado.
> A permitir-se tal estado de coisas, cedo ou tarde, o plano dominante acabaria por controlar praticamente sozinho o mercado, posto que os demais planos estariam fadados à extinção.
> Ora, no presente caso, apurou-se que a Autora detém 42% do mercado relevante, tornando óbvio que será ela o plano de saúde preferido pelos médicos da região.
> Se, esses médicos, por aderirem à UNIMED local, não puderem prestar serviços também para outros planos, esses outros planos acabarão por, aos poucos, abandonar o mercado ou ficar relegados a posições de pequena expressão, fazendo com que a participação do plano da Autora aumente ainda mais.
> E à medida que a importância do plano da UNIMED local fosse crescendo, mais e mais médicos passariam a atender somente por ele, praticamente forçando os consumidores a optarem por aderir a esse plano, permitindo, obviamente, que o mesmo imponha preços maiores.
> Tenho, pois, que efetivamente **resta configurada a infração apontada pelo CADE** como fundamento à aplicação da multa e demais penalidades" (negritos acrescentados).

O magistrado entendeu que a multa imposta não foi em montante razoável diante da extensão do dano:

> "Assim, não há qualquer ilegalidade na aplicação da multa imposta à Autora, uma vez que, configurada a infração à ordem econômica, deve obrigatoriamente o CADE estipular uma penalidade pecuniária para o infrator, penalidade essa que **não se mostra com um valor absurdo**, posto que tal condenação podia variar entre 6.000 e 6.000.000 de UFIRs, **mostrando-se razoável a sua fixação em 60.000 UFIRs**, **diante da extensão do dano à livre concorrência e à coletividade reconhecidos pelo CADE** na decisão do processo administrativo" (negritos acrescentados).

Por fim, o juiz concluiu que a penalidade aplicada pelo CADE para a alteração do estatuto social não configurava violação ao princípio que proíbe a interferência estatal no funcionamento das cooperativas:

> "No que toca à alegação da Autora de que a exigência de alteração do seu estatuto social pelo CADE afronta o princípio que veda a interferência estatal no funcionamento das cooperativas, previsto no artigo 5º, XVIII, da Constituição Federal, tenho que também não assiste razão à Autora.
> Não se pode entender que o dispositivo constitucional tornou as cooperativas 'terra de ninguém', permitindo que elas façam o que bem entenderem, completamente à margem da lei.
> Assim, da mesma maneira que o dispositivo constitucional invocado não desobriga as cooperativas de, por exemplo, cumprirem as leis trabalhistas ou as normas de defesa da saúde pública ou as leis de posturas relativas a edificações, também não impede a atuação sobre as cooperativas da lei de defesa da concorrência, que tem múltiplos fundamentos constitucionais, como já estatuí de início".

A.3. Cláusula de exclusividade - Unimed Ponta Grossa

A Unimed Ponta Grossa foi condenada pelo CADE, em 03.02.1999, por conduta que visava impedir seus cooperados de, em seus consultórios ou fora deles, atenderem pacientes/usuários da Companhia Gralha Azul e outras empresas (P.A. nº. 08000.014608/95-86).

O CADE decidiu punir a empresa com o pagamento de multa no valor de 60.000 (sessenta e mil) UFIRs, equivalente a R$ 58.620,00 (cinqüenta e oito mil e seiscentos e vinte reais) e determinou a imediata cessação da prática adotada, impondo multa diária no valor de R$ 5.862,00 (cinco mil e oitocentos e sessenta e dois reais) em caso de continuidade da prática.

Em 8.8.2006, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (RS/SC/PR), (3ª Turma, Rel. Des. Luiz Carlos de Castro Lugon), confirmou, por unanimidade, a decisão do CADE de condenar a Unimed por infração contra a ordem econômica ao impor cláusula de exclusividade aos seus médicos, *in verbis*:

> "Embora à época da cominação da multa não existisse legislação específica que vedasse a imposição de cláusula de exclusividade por cooperativas que realizassem atividades na área de saúde, tendo sido publicada somente no ano de 1998 (Lei nº 9.656/98), data posterior à

> aplicação da penalidade, não procede a alegação da Unimed, porquanto o **dispositivo invocado para a aplicação da multa é aquele acima colacionado, o qual restou, de fato, desrespeitado**. **Na medida em que se exige dos profissionais a exclusividade na prestação de seus serviços para uma cooperativa do porte da Unimed, é evidente que se está prejudicando as demais entidades prestadoras de serviço na área de saúde, limitando o acesso ao mercado**. Ademais, o interesse público de acesso à saúde, garantido constitucionalmente, impede que regras contratuais como a que se discute nestes autos prevaleçam em detrimento do interesse maior que é o acesso à saúde por meio de profissionais liberais habilitados, independente da cooperativa a que esteja ele vinculado" (negritos acrescentados).

O CADE ajuizou a ação de execução fiscal nº. 2004.70.09.005425-4 para cobrar a dívida no valor de R$ 114.717,00 (cento e quatorze mil e setecentos e dezessete reais).

A Unimed embargou à execução, (processo nº. 2005.70.09.000935-6), mas o juiz da 2ª Vara Federal de Ponta Grossa julgou improcedentes os pedidos da Unimed, concluindo que o CADE agiu acertadamente ao aplicar multa à Cooperativa:

> "(...) agiu acertadamente o CADE quando, ao apurar a representação que lhe foi feita, através do Processo Administrativo nº 08000.014608/95-86, resolveu pela aplicação da multa cominada para a prática das condutas previstas nos artigos 20, inciso I, e 21, incisos IV, V, e VI da Lei 8.884/94".

A.4. Cartel - White Martins

O CADE condenou as empresas White Martins Gases Industriais S.A. e S.A. White Martins, em 26.6.2002, por comprometimento das fontes de matérias-primas necessárias à produção de gás carbônico, criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes e açambarcamento de matérias-primas no mercado de CO^2 e aplicou multa no valor R$ 24.000.000 (vinte e quatro milhões de reais) (P.A. nº. 08000.022579/97-05).

A decisão foi contestada no Judiciário (ação de procedimento ordinário nº 2004.34.00.013282-7), tendo a White Martins requerido a anulação da multa que lhe foi aplicada ou a redução do valor de 5% para 1% do seu faturamento bruto.

A juíza da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Novély Vilanova da Silva Reis, manteve a decisão do CADE, em 7.8.2006.

A juíza concluiu pela dispensa da prova pericial, cuja produção seria impossível, dado que os fatos econômicos em questão já contavam mais de uma década:

> "10. **PROVA PERICIAL**. Não havia necessidade de produção de prova pericial tanto no processo administrativo como na presente ação. O que a autora pretende demonstrar (o mercado de CO^2) já era do pleno conhecimento das partes (decisão, fl. 854). Além disso, é impossível periciar fatos econômicos ocorridos há quase uma década (CPC, art. 420, p. único, itens II e III). Como bem exposto no parecer da SDE (fl. 487)".

A magistrada conclui, ainda, que as infrações contra a ordem econômica de fato ocorreram:

> "11. **PREJUÍZO À LIVRE CONCORRÊNCIA E AÇAMBARCAMENTO DE MATÉRIA PRIMA**. *Houve, sim, prejuízo à livre concorrência*, considerando que com a aquisição da Liquid Carbonic em 30/04/1996 a autora passou a controlar mais de 98% da produção de dióxido de carbono/CO2 (Ato de Concentração 78/96). Com essa 'posição dominante', negociou o fornecimento exclusivo de 750 toneladas/dia de subproduto da Ultrafértil, mas só usava 470 t/d. As 280 t/d restantes dispersava na atmosfera!
> 12. Com a exclusividade contratada com a Ultrafértil em 01/07/1996 a autora não visou a gerar "ganhos de eficiência e reduzir custos". *Visou, isso sim, manter o controle sobre a oferta de subproduto para produção de CO2, configurando infração da ordem econômica*. Como bem argumentado pelo conselheiro-relator do processo administrativo (fls. 544-5)" (itálico acrescentado).

Por fim, concluiu que o valor da multa não era abusivo, pois ele deve ser proporcional à vantagem auferida:

> "15. **VALOR DA MULTA**. Não obstante o valor da multa de R$ 24 milhões, não há que se falar em violação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Consta do processo administrativo que (fl. 561-2):
> (...)
> 16. "*Uma sanção inferior ao valor da vantagem auferida pela conduta infracional será uma sanção ineficaz, tendo em vista que um agente econômico racional não se verá desencorajado a praticar a infração. É por tal motivo que o próprio art. 23/I da Lei Antitruste prevê que o valor mínimo da sanção jamais poderá ser inferior ao valor da vantagem auferida*".
> 17. Não impressiona o valor originário da multa de R$ 24 milhões em 26/06/2002, atualizado para R$ 38.090.880,00 em 22/03/2004 (fl. 132). **Alto** não é esse valor senão o "*faturamento bruto da autora*" no exercício anterior à instauração do processo administrativo em 1998, como prevêem as Leis 8.888/94 e 9.921/95".

No entanto, a ação ainda não transitou em julgado, não havendo previsão a respeito, considerando-se o tempo para julgamento final das decisões judiciais

A.5. Cartel - companhias aéreas

As empresas TAM, Varig e VASP foram condenadas pelo CADE ao pagamento de multa de 1% do seu faturamento bruto pela prática de cartel na ponte aérea Rio-São Paulo em 1999 (P.A. nº. 08012.00067/1999-70), em 15.9.2004.

Em ação anulatória nº. 2005.34.00.018791-3, proposta em 24.6.2005 perante a 3ª Vara Federal do Distrito Federal, as empresas alegaram que o julgamento continha irregularidades formais e processuais (cerceamento de defesa, subversão dos princípios processuais – adoção acrítica e distorcida de prova e discrepância entre o acórdão e as degravações dos votos), e equívoco no mérito, prova para tanto seria ter o Conselheiro relator e a Presidente do CADE proferidos votos vencidos.

A juíza Mônica Sifuentes, suspendeu os efeitos do acórdão prolatado pelo CADE em 27.6.2005.

O desembargador federal Leomar Barros Amorim, do TRF da 1ª Região, em 12.1.2006, julgou agravo de instrumento nº. 2005.01.00.054116-1/DF interposto pelo CADE, deferindo o pedido de efeito suspensivo contra a decisão proferida pela juíza Sifuentes. O desembargador, utilizando os mesmos fundamentos da decisão proferida no âmbito do agravo de instrumento nº. 2005.01.00.054073-5/DF, entendeu que faltava a verossimilhança para que o agravo fosse deferido e que os requisitos formais para a constituição do ato administrativo estavam presentes no caso, *in verbis*:

> "Segundo o ensinamento de Hely Lopes Meireles (Direito administrativo brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148-149), o exame do ato administrativo revela a existência de cinco requisitos necessários à sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Além desses, têm relevância também o mérito administrativo e o procedimento administrativo.
> Em um juízo de cognição sumária, observo que os requisitos legais foram cumpridos".

Mas, no tocante ao mérito, o desembargador entendeu que "somente após o regular processamento da ação, com a produção de provas, se poderá formar um juízo de valor definitivo".

A.6. Fraude contra licitação - Marítima e EISA

O CADE, em 27.6.2001, condenou a Marítima Petróleo e Engenharia Ltda. e a EISA - Estaleiros Ilha S.A. por fraude à licitação realizada pela Petrobras para a construção da Plataforma P-10. As empresas foram condenadas ao pagamento de multa de 1% do seu faturamento bruto (P.A. nº. 08012.009118/1998-26).

As empresas recorreram ao Judiciário (ação de procedimento ordinária nº. 2001.34.00.025858-8/1900 em trâmite perante a 20ª Vara da Justiça Federal em Brasília), requerendo a anulação da decisão do CADE.

A juíza Drª. Marina Rocha Cavalcanti Barros, em sentença datada de 19.4.2007, confirmou a decisão do CADE. A magistrada entendeu que o CADE produziu prova suficiente para condenar a empresa, que não foi violado o devido processo legal, e que foi lícita a aplicação da pena pelo CADE, *in verbis*:

> "Inicialmente, **não tem guarida a alegação de que o CADE não produziu prova suficiente à condenação da Autora**. Como demonstrado à saciedade no voto do Conselheiro Relator (fls. 102/21), a Secretaria de Direito Econômico recebeu e analisou as informações prestadas pela Autora e pela EISA logo que recebeu a correspondência da Petrobrás [*sic*], permitindo que ambas esclarecessem o conteúdo do contrato comercial firmado no âmbito do processo administrativo. Após o parecer da SDE, os autos foram regularmente encaminhados para o CADE, que o levou a julgamento, **não se comprovando a ofensa ao devido processo legal**.
> (...)
> **Está claro que o contrato comercial foi firmado a fim de possibilitar a participação na licitação internacional da Petrobrás** [*sic*], tanto é que, nas informações prestadas pelas contratantes ao TCU (fls. 88), ambas justificaram que havia necessidade de cumprir as especificações técnicas do edital para participar da licitação, principalmente na parte em que cada empresa se mostrava deficiente.
> (...)
> **Assim, considero legal a penalidade aplicada pelo CADE**, vez que os elementos analisados são suficientemente fortes para formar o convencimento deste Juízo, face a todos os argumentos ponderados, no sentido de que o referido 'Instrumento Particular de Transação Comercial' (fls. 74/75) é prova material da limitação da concorrência perquirida pela empresa autora" (grifos acrescentados).

A.7. Cartel - postos de combustíveis e Sindicato de Lages, SC

As empresas A Roleta Auto Posto Ltda., Posto Central, Posto de Combustíveis Dematé, Posto D. Pedro, Posto Marechal, Auto Raid, Posto Lageano, Posto Rex Ltda., Auto Posto Ouro Preto Ltda., seus executivos e o SINDIPETRO/SC (Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de

Petróleo) foram condenados pelo CADE em 23.7.2003 por formação de cartel (P.A. nº. 08012.004036/2001-24).

As empresas foram condenadas ao pagamento de multa no valor de 15% do seu faturamento, seus executivos a multa no valor de 15% do *quantum* da multa imposta à empresa na qual participem como sócio-gerente, controlador ou responsável legal, e o Sindicato a multa de R$ 55.000,00 (cinqüenta e cinco mil reais).

O CADE determinou ainda a publicação de extrato da decisão em meia página, a expensas dos infratores, em jornal diário de maior circulação em Lages/SC, por dois dias consecutivos no prazo de 30 (trinta) dias, assim como a inscrição das pessoas jurídicas e físicas representadas no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, além de multa diária de R$ 6.000,00 (seis mil reais) pelo não-cumprimento das sanções aplicadas.

As empresas ajuizaram a ação de procedimento ordinária 2003.34.00.034335-1/DF na 3ª Vara Federal do Distrito Federal para anular a decisão do CADE. Mas, em 18.4.2007, o juiz Pablo Zuniga Dourado proferiu sentença afirmando que não havia nulidades no procedimento administrativo:

> "Como bem fundamentado por sua Excelência, os autores foram cientificados de todos os atos do processo administrativo; manifestaram-se regularmente; e exerceram todos os atos inerentes ao contraditório e ampla defesa".

E também concluiu que a prática de cartel ocorreu e que a atuação do CADE não foi desproporcional:

> "Caso os efeitos dos atos atinjam os bens jurídicos protegidos pelo art. 20 da Lei 8.884, de 1994, exsurge a intervenção da autoridade pública antitruste a fim de fazer cessar a prática nociva**. Despiciendo maiores exigências formais**.
> A par de não ser absolutamente imprescindível, **as provas dos autos em conjunto (nota técnica da ANP, pareceres; e interceptação telefônica), máxime a degravação da interceptação telefônica, levam à inevitável conclusão de que os autores fizeram acordos horizontais a fim de fixar preços uniformes. Construíram cartel e prejudicaram consumidores**.
> A autoridade agiu de forma proporcional, pois todas as provas dos autos levam ao óbvio".

A.8. Cartel das Britas - Pedreira Cachoeira, Embu, Reago, Basalto e Itapiserra

O CADE condenou as seguintes empresas: Embu S.A. Engenharia e Comércio, Geocal Mineração Ltda., Holcim S.A./Cantareira, Itapiserra Mineração Ltda., Iudice Mineração Ltda., Lafarge Brasil S.A./Brita Brás, Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda., Mineradora Pedrix Ltda., Panorama Industrial de Granitos S.A., Pedreira Cachoeira S.A., Pedreira Dutra Ltda., Pedreira Mariutti Ltda., Pedreira Santa Isabel Ltda., Pedreiras São Matheus – Lageado S.A., Pedreira Sargon Ltda., Reago Indústria e Comércio S.A. e Sarpav Mineradora Ltda. e o Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo, em 13.7.2005, por formação de cartel no mercado de britas (P.A. nº. 08012.002127/02-14).

As empresas foram condenadas ao pagamento de multa no valor de 15% a 20% do faturamento nas suas unidades de negócios de britas no exercício de 2002, e o CADE recomendou aos órgãos públicos que não realizem o parcelamento de tributos federais, bem como fossem cancelados incentivos fiscais. O Sindicato, por sua vez, foi condenado ao pagamento de multa no valor de 300.000 (trezentas mil) UFIRs.

As empresas Pedreira Cachoeira e Embu foram condenadas em 20% do seu faturamento.

A Pedreira Cachoeira S.A. requereu a anulação da decisão do CADE (ação de procedimento ordinária nº. 2005.34.00.032881-5 perante a 17ª Vara do Distrito Federal) para o reconhecimento da ausência da prática de atos anticoncorrenciais e para eximir a empresa qualquer condenação e,ainda, em caráter subsidiário e sucessivo, objetivava a reforma da decisão do CADE para reduzir as penalidades impostas à autora, restringindo-as à aplicação da multa no percentual mínimo de 1% (um por cento).

Mas a juíza Cristiane Pederzolli Rentzsch, em sentença datada de 24.4.2007, indeferiu todos os pedidos da Pedreira Cachoeira, inclusive o pedido de prova pericial e oral, por entender que as provas haviam sido colhidas exaustivamente no processo administrativo:

> "Também, indefiro o pedido de produção de prova oral e pericial formulado pela parte autora, haja vista que estas já foram exaustivamente colhidas no âmbito do processo administrativo, não havendo necessidade de repetição das mesmas no processo judicial".

A Pedreira Cachoeira alegou não ter participado do cartel e que nos autos do processo administrativo não havia provas contra ela, mas a juíza afirmou que a decisão condenatória do CADE possui presunção de legitimidade e, como tal, só poderia ser desconstituída mediante prova robusta, *i.e.*, prova de não-participação no cartel:

> "Com efeito, não obstante a extensa argumentação apresentada pela parte autora em sua petição inicial, **a decisão condenatória proferida pelo CADE possui presunção de legitimidade, somente podendo ser desconstituída pelo Poder Judiciário diante de prova robusta a ser produzida pela empresa condenada administrativamente no âmbito do processo judicial**.

> Não há, nos autos deste processo judicial, prova robusta suficiente da não-aceitação por parte da autora das diretrizes encontradas nos documentos apreendidos na sede do Sindipedras.
> Ao contrário, há nos autos diversas provas que indicam a atuação da autora na prática do cartel das britas" (negritos acrescentados).

A falta de motivação da decisão administrativa alegada pela Pedreira Cachoeira também foi rechaçada:

> "É indiscutível que a Constituição Federal consagra o princípio da motivação dos atos administrativos. **Contudo, não há como se afirmar que a decisão proferida pelo CADE, com base na nota técnica elaborada pela SDE, após mais de 03 anos de transcurso de processo administrativo, carece de motivação**, seja com relação ao Cartel das Britas, seja com relação à atuação específica da autora neste" (negritos acrescentados).

A alegação de que a multa aplicada seria desproporcional também não prosperou:

> "A multa aplicada, correspondente a 20% do faturamento da autora nas suas unidades de negócios de britas no exercício de 2002, obedeceu aos limites fixados pelo art. 23, I.
> Da mesma forma, **a multa aplicada respeitou os critérios para fixação das penas**, uma vez que se tratou de prática de cartel, a mais grave das infrações à ordem econômica (art. 27, I). Ainda, segundo conclusões do CADE, a conduta envolvia vantagem considerada a ser obtida pela autora (art. 27, II) e a mesma foi consumada (art. 27, III).
> Por fim, o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional e aos consumidores (art. 27, V), assim como os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (art. 27, VI) indicaram a aplicação de multa elevada.
> Assim, **a multa aplicada não pode ser considerada desproporcional**" (negritos acrescentados).

A Embu, como a Pedreira Cachoeira, também recorreu ao Judiciário, por meio de ação de procedimento ordinária nº. 2006.34.00.008084-3 perante a 17ª Vara do Distrito Federal, requerendo, liminarmente, a suspensão dos efeitos de decisão condenatória proferida pelo CADE, determinando que este se abstenha de executá-la até o término da ação e, em decisão definitiva, a decretação da nulidade do Processo Administrativo nº 08012.002127/02-14, conseqüentemente, da decisão condenatória.

Em 31.1.2007, a mesma juíza que julgou a ação da Pedreira Cachoeira decidiu pela improcedência dos pedidos, mas manteve a antecipação de tutela concedida anteriormente para suspender a exigibilidade da decisão proferida pelo CADE até o trânsito em julgado da decisão judicial, tendo em vista que a Embu apresentou nos autos, a título de caução, seguro-garantia no valor da multa aplicada pelo CADE.

A Embu sustentou que não foi constatada no caso a necessária correlação entre condutas e danos ao mercado. Contudo, a magistrada, seguindo a Lei 8.884/94 - que estabelece que basta que os atos visem aos efeitos - não aceitou a argumentação:

> "Portanto, não é requisito da configuração da prática do cartel a correlação entre condutas anticoncorrenciais e efeitos nocivos provocados na ordem econômica, **bastando que os atos praticados tenham por objeto ou possam produzir esses efeitos**" (negritos acrescentados).

Como na decisão da Pedreira Cachoeira, a alegação da Embu de inexistirem provas de que ela aceitava as diretrizes do cartel não foi aceita:

> "A decisão condenatória proferida pelo CADE possui presunção de legitimidade, somente podendo ser desconstituída pelo Poder Judiciário diante de prova robusta a ser produzida pela empresa condenada administrativamente no âmbito do processo judicial.
> Não há, nos autos deste processo judicial, prova robusta suficiente da não-aceitação por parte da autora das diretrizes encontradas nos documentos apreendidos na sede do Sindipedras".

Por fim, a Embu afirmou que a multa aplicada pelo CADE era desproporcional e confiscatória, mas a magistrada não acolheu o argumento:

> "A multa aplicada, correspondente a 20% do faturamento da autora nas suas unidades de negócios de britas no exercício de 2002, obedeceu aos limites fixados pelo art. 23, I.
> Da mesma forma, a multa aplicada respeitou os critérios para fixação das penas, uma vez que se tratou de prática de cartel, a mais grave das infrações à ordem econômica (art. 27, I). Ainda,

> segundo conclusões do CADE, a conduta envolvia vantagem considerada a ser obtida pela autora (art. 27, II) e a mesma foi consumada (art. 27, III).
> Por fim, o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional e aos consumidores (art. 27, V), assim como os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (art. 27, VI) indicaram a aplicação de multa elevada.
> **Assim, a multa aplicada não pode ser considerada desproporcional ou confiscatória**".

A Reago, por sua vez, propôs a ação de procedimento ordinária nº. 2006.34.00.007840-1 perante a 17ª Vara do Distrito Federal visando anular o Processo Administrativo e, conseqüentemente, a decisão condenatória nele proferida, que a condenou ao pagamento de multa no valor de R$ 6.472.154,37 (seis milhões, quatrocentos e setenta e dois mil e cento e cinqüenta e quatro reais e trinta e sete centavos), alegando, em síntese:

1. violação dos princípios do juiz natural e do devido processo legal;

2. inconstitucionalidade do *caput* do art. 20 da Lei 8.884/94;

3. inadequação e insuficiência da motivação da decisão para condenação da autora;

4. infringência dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do direito à ampla defesa;

5. atipicidade da conduta imputada à autora;

6. inobservância do princípio da individualização das penas na fixação da multa em 20% do faturamento da autora nas suas unidades de negócios de britas no exercício de 2002.

A juíza Cristiane Pederzolli Rentzsch julgou a ação em 28.5.2007. A alegação de violação dos princípios do juiz natural e do devido processo legal foi afastada, uma vez que, segundo a magistrada, o CADE tem competência para julgar o processo administrativo, a SDE para instruí-lo e não se vislumbrou qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal:

> "Assim, o CADE teve competência para julgar o Processo Administrativo nº 08012002127/02-14 e a SDE, por sua vez, teve competência para instruí-lo, não havendo qualquer ofensa ao princípio do juiz natural.
> Da mesma forma, não há comprovação nos autos de qualquer violação concreta ao princípio do devido processo legal, ao contrário, todos os documentos juntados aos autos comprovam que a SDE e o CADE obedeceram ao devido processo legal na instrução e no julgamento do Processo Administrativo nº 08012002127/02-14.
> Ademais, não há qualquer ilegalidade no fato de o processo administrativo ter sido iniciado a partir de denúncia anônima".

A alegação de inconstitucionalidade do *caput* do art. 20 da Lei 8.884/94 também não foi aceita pela juíza, que ressaltou já ter a questão sido decidida pelo STF por ocasião do exame do pedido liminar na ADIN nº 1094, de que foi Relator o Ministro Carlos Velloso.

Também não prosperou a alegação de inadequação e insuficiência da motivação da decisão para a condenação, *in verbis*:

> "É indiscutível que a Constituição Federal consagra o princípio da motivação dos atos administrativos. Contudo, **não há como afirmar que a decisão proferida pelo CADE, com base na nota técnica elaborada pela SDE, após mais de 03 anos de transcurso de processo administrativo, carece de motivação**, seja com relação ao Cartel das Britas, seja com relação à atuação específica da autora neste" (negritos acrescentados).

A juíza entendeu que tampouco deveria prosperar a alegação de infringência aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do direito à ampla defesa pelo CADE, já que a empresa teve oportunidade de apresentar defesa e alegações finais perante a SDE.

No tocante à atipicidade de sua conduta, a Reago afirmou que a conduta se constituiria, no máximo, em atos preparatórios não puníveis. Entendeu-se de modo diverso a juíza, declarando que "as condutas descritas no processo administrativo se enquadram no art. 20 da Lei 8.884/94".

Por fim, em relação à alegação de inobservância do princípio da individualização das penas, a magistrada afirmou que, por ser prática de cartel, "não há sentido em se individualizar o percentual da multa aplicada a cada empresa que participou do cartel". No entanto, entendeu que a multa deve considerar a capacidade econômica do infrator e, segundo seu entendimento, isso foi considerado na decisão do CADE.

Outra empresa condenada pelo CADE que recorreu ao Judiciário foi a Basalto. A empresa foi condenada pelo CADE a pagar R$ 508.205,20 (quinhentos e oito mil e duzentos e cinco reais e vinte centavos).

A Basalto propôs a ação cautelar nº. 2006.34.00.019753-4 visando à suspensão da decisão condenatória proferida no Processo Administrativo nº 08012.002127/02-14, com base na suposta inconstitucionalidade do art. 20 da Lei 8.884/94. Em 21.07.2006, a juíza Cristiane Pederzolli Rentzsch, da 17ª Vara Federal do Distrito Federal, deferiu o pedido de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade da decisão do CADE, mediante garantia judicial no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A mesma juíza, ao julgar o caso em 09.10.2007, entendeu não ter havido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa alegados pela autora porque a Basalto "teve toda oportunidade de defesa no processo administrativo, podendo se manifestar acerca de toda prova produzida".

O argumento da Basalto de que a decisão do CADE teria sido desmotivada também não prosperou sob a mesma argumentação dos casos precedentes relativos ao cartel da britas.

Segundo a juíza, tampouco existe nos autos comprovação alguma de violação ao princípio do devido processo legal: "(...) ao contrário, todos os documentos juntados aos autos comprovam que a SDE e o CADE obedeceram ao devido processo legal na instrução e no julgamento do Processo Administrativo nº 08012002127/02-14".

Da mesma forma, foi rechaçada a alegação da empresa de que o CADE não teria respeitado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na imposição da pena à Basalto.

Ou seja, a magistrada julgou improcedentes todos os pedidos formulados pela Basalto, mas manteve a decisão que deferiu o pedido liminar até trânsito em julgado da sentença, observando-se que o juízo estava garantido.

Por fim, a empresa Itapiserra também recorreu ao Judiciário da multa no valor de R$ 1.894.088,46 (um milhão, oitocentos e noventa e quatro mil, e oitenta e oito reais e quarenta e seis centavos) aplicada pelo CADE. A empresa propôs a ação de procedimento ordinário nº.

2006.34.00.007841-5 perante a 17ª Vara do Distrito Federal, requerendo a anulação da decisão do CADE, com base nos mesmos fundamentos utilizados pela Basalto.

Em 17.09.2007, a mesma juíza dos casos citados acima julgou a ação e concluiu da mesma forma: improcedentes todos os pedidos da empresa. A única diferença nesse caso foi o acolhimento do pedido da Itapiserra pela não-aplicação da taxa Selic para atualizar o faturamento e aplicar a multa. Como a taxa Selic inclui juros e correção monetária, a juíza entendeu que ela não deveria ser aplicada entre o período de 2002 e o vencimento da multa. No entanto, após seu vencimento ou a suspensão por meio de ação judicial, passa a ser devido juro de mora, cabendo o uso da taxa Selic.

A.9 Taxa de Segregação e Entrega de Contêineires (THC2) - Operadores Portuários do Porto de Santos/SP

O CADE julgou, em 27.04.2005, o P.A. nº. 08012.007443/1999-17, envolvendo a Usiminas, o Terminal para Contêineres da Margem Direita – TECONDI, o Santos Libra Terminais S/A – Terminal 37 e o Santos Brasil – Tecon. O Conselho, por unanimidade, ordenou a imediata cessação, por parte das Representadas, da cobrança de liberação de contêineres dos recintos alfandegados e condenou cada empresa ao pagamento de multa correspondente a 1% de seu faturamento bruto por cobrança ilegal da Taxa de Segregação e Entrega de Contêineires (THC2) pelos Operadores Portuários do Porto de Santos, SP.

A THC2 consiste na cobrança dos Operadores Portuários (porto molhado) aos Terminais Retroportuários Alfandegados (porto seco), pela separação e entrega das mercadorias provenientes dos armadores que atracam no Porto.

A função de Operadores Portuários, anteriormente exercida pela CODESP, é atualmente exercida por empresas concessionárias, que exploram com exclusividade cada Terminal Portuário objeto de licitação.

Os Operadores Portuários também podem atuar na prestação do serviço de armazenagem diretamente ao importador, o que podem igualmente fazer os Terminais Retroportuários Alfandegados (TRAs).

Cobra-se do armador quando da descarga do navio uma taxa conhecida como THC (Terminal Handling Charge), mas, se o importador quisesse contratar o serviço de armazenagem com um Terminal Retroportuário Alfandegado (TRA), o Operador Portuário apenas enviaria a mercadoria mediante o pagamento de mais outro preço público: a THC2.

Foi a cobrança da THC2 que o CADE considerou ilegal, porque prejudicaria a concorrência, uma vez que inviabiliza a prestação do serviço de armazenagem pelos TRAs.

A Usiminas S.A., para anular a decisão do CADE, propôs a ação de rito ordinário nº. 2005.34.00.034914-0 perante a 4ª Vara Federal do Distrito Federal. A empresa alegou que a cobrança de taxa é feita por pessoas diferentes: a THC é cobrada do armador, e a THC2 do TRA.

O magistrado Itagiba Catta Preta Neto julgou o caso em 27.11.2007, e confirmou a decisão do CADE. O juiz entendeu que, como a Usiminas também é concorrente dos TRAs, ao cobrar a taxa, "passa a deter um imenso poder sobre o mercado de armazenagem alfandegada, o que levou o CADE a impor as penalidades aqui impugnadas".

O juiz concluiu que não há na decisão do CADE "qualquer arbitrariedade ou ilegalidade na imposição do réu. Pelo contrário. O CADE está no seu papel ao reprimir o flagrante abuso da autora".

B. Atos de Concentração - Função Preventiva

B.1. Multa por intempestividade - Sino dos Alpes Alimentos e Itália Salumi

O CADE, ao analisar o Ato de Concentração entre Sino dos Alpes Alimentos Ltda., Itália Salumi S.p.A. e Sesto Holding (A.C. nº. 08012.000679/2003-61), operação de aquisição de 50% das quotas da Sino Alpes, empresa atuante no mercado de industrialização de carne suína, pela empresa Sesto Holding (45%) e Itália Salumi (5%), anteriormente detidas pela Cooperativa Regional Agropecuária Languiru Ltda., a qual elevou a participação da Sesto na capital da Sino Alpes (95%) -, aprovou o ato sem restrições em 21.5.2003, mas multou em R$ 89.785,00 (oitenta e nove mil e setecentos e oitenta e cinco reais)as requerentes por intempestividade da apresentação da operação.

A Lei 8.884/94 estabelece que a operação deve ser apresentada 15 dias úteis após a assinatura do primeiro documento vinculativo. As empresas alegaram que o prazo deveria ser contado a partir da data de arquivamento da alteração do contrato social na Junta Comercial e não da assinatura da 10ª Alteração e Consolidação do Contrato Social.

As empresas recorreram ao Judiciário (ação de rito ordinário nº. 2003.34.00.020760-6 perante a 21.ª Vara da Justiça Federal em Brasília), questionando a legalidade do art. 2º da Resolução nº 15/98, base de que se valeu o CADE para justificar a multa, mas o juiz Dr. Hamilton de Sá Dantas, em 16.04.2007, manteve a decisão do CADE.

O magistrado entendeu que o prazo legal tem por finalidade conceder ao CADE tempo para analisar a operação, e que de nada adiantava analisá-la após o arquivamento do contrato social, quando a operação estava concretizada. Ademais, afirmou que o valor da multa aplicada estava adequado:

> "A intenção da lei, em estipular tal prazo, é a de conferir ao **CADE** tempo para analisar a possibilidade de ocorrência de lesão à ordem econômica.
> Dentro desse contexto, não há utilidade da apreciação do Ato de Concentração se esse se der depois do arquivamento pela Junta Comercial, quando já pronto e acabado o ato jurídico da transferência.
> Caso a intenção do legislador fosse que a apreciação da viabilidade do negócio se desse depois do arquivamento da Alteração Contratual, não teria utilizado a expressão 'os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, **previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização**' (grifo nosso).
> Há necessidade de se conceder ao CADE tempo hábil para análise e desconstituição, caso sejam nocivas tais concentrações, ou seria inútil a análise de lesividade, prevista em lei.
> Assim, não resta a menor dúvida de que o prazo previsto no aludido § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 terá início a partir da conclusão do ato de concentração descrito na inicial, assim entendido quando as partes de comum acordo assinam o Termo da Alteração Social almeja (25 de novembro de 2002) e antes do seu arquivamento na Junta Comercial (16 de janeiro de 2003), quando então tornaria inócua a apreciação do CADE.
> (...)

> *Quanto ao valor da multa, considero que foi aplicada no valor adequado*, tendo em vista que ficou próxima ao mínimo legal e levou em consideração a data da efetiva apresentação da operação ao CADE e o faturamento da empresa" (itálico acrescentado).

B.2. Multa por intempestividade - Enersul

A operação pela qual a Escelsa adquiriu o controle acionário da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – ENERSUL, através de sua subsidiária Magistra, foi submetida aos órgãos de defesa da concorrência - A.C. nº. 08012.010598/1999-21. A operação foi aprovada sem restrições, mas as requerentes foram multadas pela apresentação intempestiva da operação em 180.000 (cento e oitenta mil) Ufirs, equivalentes a R$ 191.538,00 (cento e noventa e um mil e quinhentos e trinta e oito reais). O julgamento ocorreu em 15.03.2000.

A Enersul propôs a ação de rito ordinário nº. 2001.34.00.020719-2, perante a 4ª Vara Federal do Distrito Federal, objetivando o cancelamento da multa imposta pelo CADE. A Enersul alegou que nenhuma das empresas envolvidas na operação alcançava faturamento igual ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) em 1996, ano anterior à operação, e que a submissão da operação não seria, portanto, obrigatória aos órgãos brasileiros de defesa da concorrência.

O CADE, por sua vez, contra-argumentou que os faturamentos a considerar são os das empresas ou de seus grupos. Embora a Magistra não tivesse faturamento acima de R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), fazia parte do grupo Escelsa, o qual possuía faturamento acima desse valor.

Em sentença proferida em 28.03.2007, o juiz da 4.ª Vara da Justiça Federal, em Brasília, Itagiba Catta Preta Neto, deu ganho de causa ao CADE:

> "(...) é evidente que não se pode levar em conta apenas o faturamento da empresa adquirente em si, sob pena de ser burlada a intenção da lei e a própria razão de existência do CADE. A vingar a tese da autora, jamais seria necessário submeter uma operação de tal quilate ao crivo do CADE, pois bastaria a criação de uma nova empresa (algumas, até, 'fantasmas') que se destinasse, exclusivamente, à aquisição do controle de outra".

A decisão é relevante ao sistema de defesa da concorrência, pois acolhe e mantém entendimento do CADE no sentido de que o faturamento relevante para que a operação seja apresentada é o do grupo econômico a que pertencem as empresas participantes da operação.

B.3 Venda de ativos para a aprovação - Cia. Vale do Rio Doce

Em 10.08.2005, o CADE julgou sete Atos de Concentração (08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65 e 08012.006472/2001-38), que tratavam do descruzamento societário da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e da aquisição de mineradoras pela CVRD.

O CADE determinou, em 10.08.2005:

(a) alteração do contrato referente à mina Casa de Pedra, para que fossem dele excluídas, por anticoncorrenciais, preferências incidentes sobre a aludida mina Casa de Pedra, tanto para o mercado doméstico como para o mercado internacional;

(b) unificação da participação direta ou indireta da CVRD na MRS Logística S.A.;

(c) abstenção da Companhia Vale do Rio Doce de vincular-se ao acordo de acionista, que organiza o controle da MRS Logística S.A ou

(d) desconstituição integral do Ato de Concentração nº 08012.002838/2001-08 (Ferteco), alienando todos os ativos adquiridos na operação, bem como aqueles ativos adquiridos posteriormente à compra, mas necessários ao pleno funcionamento da Ferteco.

A CVRD recorreu ao Poder Judiciário contra a determinação do CADE requerendo a anulação da decisão e questionando a validade do voto de qualidade da Presidente do Conselho.

Em Primeira Instância, o juiz federal José Márcio Barbosa entendeu que a decisão do CADE era válida, bem como o voto de qualidade da Presidente. Contudo, a CVRD apelou para o Tribunal Regional Federal, e o desembargador federal Souza Prudente deferiu liminar para suspender a sentença até decisão da Sexta Turma.

Em 26.03.2007, a desembargadora federal Maria do Carmo Cardoso e o juiz federal convocado Carlos Brandão divergiram do desembargador relator Souza Prudente e negaram a apelação da CVRD, declarando a plena legalidade da decisão do CADE (apelação em mando de segurança nº. 2005.34.00.032899-7/DF). A desembargadora entendeu que a presidente do CADE tem obrigação e não faculdade de exarar seu voto regular e de qualidade, os quais não se confundem:

> "Com todas as vênias que Vossa Excelência merece e, também, o douto advogado da tribuna, tenho que assiste razão ao CADE. A votação se deu nos termos da Lei 8.884/94, art. 8º, II, uma vez que **não tem a presidência daquele conselho faculdade, mas obrigação, decorrente da atividade pública**, cujo exercício é regulado pelo direito público. Portanto, o voto regular e o de qualidade não se confundem e podem ser cumulados no mesmo julgamento.
> (...)
> Há de se interpretar a vontade do legislador, no inciso II do art. 8º, da lei 8.884/94, como norma imperativa que dispensa interpretação, ou seja, **quando houver empate na votação, a presidência do Conselho, cumprindo sua obrigação, lança seu voto de qualidade**.
> Portanto, Senhor Presidente, a regra é indiscutível: quando se trata de empate, não é faculdade, mas **obrigatório o voto de qualidade previsto na Lei 8.884/94**. E não se diga que tal dispositivo encerra inconstitucionalidade, que, ao que me consta, não houve nenhuma arguição de inconstitucionalidade quanto a essa norma legal" (negritos acrescentados).

Da decisão mencionada acima, a Vale recorreu ao Superior Tribunal de Justiça (REsp 966.930-DF**,** Rel. Min. Eliana Calmon), julgado em 28.08.2007. Contudo, a decisão do Tribunal Regional Federal foi mantida, tendo a Relatora entendido que não há como afastar o voto de qualidade da presidente do CADE, mesmo depois de ter sido por ela proferido voto como integrante do colegiado.

A Vale, recorreu, ainda da decisão do Superior Tribunal de Justiça ao Superior Tribunal Federal. Em 18.12.2007, a Vale perdeu novamente, negado lhe foi provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento nº. 682486, prevalecendo entre os ministros da Primeira Turma, por três votos a dois, a tese de que esse recurso da Vale não tratava de matéria constitucional e que não poderia por isso não poderia ser analisado pelo STF. Votaram contra o recurso da Vale os ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Alberto Direito e Cármen Lúcia. Foram favoráveis ao recurso da Vale os ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto.

B.4. Restrição à operação - Projeto Gemini

A *joint-venture* entre White Martins Gases Industriais S.A. e Petrobras Gás S/A – GASPETRO para a constituição da GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. e a formação do Consórcio entre Petrobras, White Martins e GNL Gemini para a produção, comercialização e distribuição de gás natural liquefeito foi apresentada ao CADE em 26.04.2006 (A.C. nº. 08012.001015/2004-08). A operação foi aprovada, mas o CADE impôs requerentes as seguintes restrições:

(a) que fosse dada publicidade, por meio de autos públicos do CADE, ao Anexo 6 do Acordo Operativo do Consórcio;

(b) que fossem públicos, por meio de autos do CADE, todos os preços, prazos contratuais e volumes contratados, por cliente, do Consórcio;

(c) que a cláusula 5.3 do Termo de Contrato que entre si celebraram GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. e Companhia de Gás de Minas Gerais – GASMIG fosse modificada para eliminar a obrigação de não-concorrência imposta à GASMIG;

(d) que as requerentes apresentassem relatórios auditados, trimestrais, à CAD-CADE, referentes às operações definidas no Anexo 6 do Acordo Operativo, para que fosse dada publicidade, nos autos do CADE;

(e) que se abstivessem de introduzir novas cláusulas em qualquer acordo que celebram entre si, de que derivem ou possam derivar os mesmos efeitos das cláusulas alteradas ou suprimidas no processo;

(f) que fosse dada publicidade às demonstrações contábeis da empresa GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda.

As empresas do Consórcio recorreram ao Judiciário requerendo liminar para suspender a obrigação determinada pelo CADE de dar publicidade a informações referentes às suas atividades de distribuição de gás natural.

No entanto, em 25.01.2007, o juiz da 20.ª Vara da Justiça Federal em Brasília, Dr. Paulo Ricardo de Souza Cruz, indeferiu o pedido liminar (ação cautelar nº. 2007.34.00.001628-0).

O juiz afirmou que a decisão do CADE de obrigar a Petrobras a divulgar seus preços ao Consórcio Gemini, do qual faz parte, é essencial para que as empresas concorrentes possam fiscalizar a atuação da Petrobras e preservar a concorrência do setor:

> "assiste razão ao CADE quando alega que é essencial para que possa haver concorrência no setor que os potenciais concorrentes conheçam os preços pelo qual o gás natural é transferido pela PETROBRAS ao CONSÓRCIO GEMINI". (...) conhecendo a forma como é feita a remuneração dos integrantes do CONSÓRCIO GEMINI, os concorrentes poderão fiscalizar a atuação da PETROBRAS, saber dia a dia, se a PETROBRAS está 'jogando limpo', ou está tentando beneficiar o consórcio de que é parte".

O magistrado ressaltou que o CADE é dotado de especialistas, que sua decisão é colegiada, e que nada de absurdo foi identificado em sua decisão:

> "Não me furto a registrar, inclusive, que entendo que, em princípio, esse tipo de análise da adequação de medidas para viabilizar atos que impliquem concentração econômica, que envolve não apenas questões jurídicas, mas também complexas questões econômicas, deve ser realizado pela agência a que se atribuiu tal competência, dotada de pessoal especializado, onde o julgamento é feito por um colegiado de Conselheiros, alguns com formação jurídica e outros com formação econômica. No presente caso, todos os atuais Conselheiros do CADE são altamente qualificados, como apontado às fls. 192, não foi alegado qualquer abuso de poder ou ilegalidade manifesta, as medidas adotadas longe estão de absurdas, pelo que tenho que as mesmas passam ilesas por um juízo de proporcionalidade, razão pela qual concluo que não se justifica a intervenção judicial no sentido de suspender a eficácia da decisão do órgão antitruste".

B.5. Cláusula de exclusividades – Duty Free Shop

Em 31.01.2007, o CADE julgou o A.C. nº. 08012.002004/2006-07 entre Duty Free Participações Ltda., Brasif Duty Free Shop Ltda., Emac Comércio e Importação Ltda. e Iperco Comércio Exterior S.A.

Tratava-se de aquisição pela Advent International Corporation e pela Dyfry AG, por intermédio da empresa Dufry Participações Ltda., da totalidade do capital das empresas Brasif Duty Free Shopping Ltda., Emac e Iperco. O mercado relevante envolvido era o de venda a varejo em lojas francas, venda a varejo de produtos de consumo importados de pequeno porte não livres de impostos e vendas por atacado de perfumes e cosméticos de luxo.

A operação foi aprovada, mas o CADE decidiu por reduzir a cláusula de não-concorrência diminuindo a vigência prevista de dez para cinco anos. O Conselho entendeu que não havia razões econômicas para embasar em termos de eficiência econômica, a manutenção da cláusula

por dez anos, mas "tão-somente a supressão de um concorrente potencial em certames licitatórios específicos" (parecer do conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo).

Apesar dos inúmeros argumentos apresentados pelas empresas, o CADE analisou os contratos entre a Infraero –órgão regulador da setor - e a Brasif e concluiu que a cláusula de não-concorrência tinha a finalidade de excluir a Brasif das licitações para concessão de lojas francas nos aeroportos de Guarulhos e do Galeão. Essa exclusão acarretaria uma menor concorrência nas licitações, reduzindo, por meio de um contrato privado, as vantagens que a Administração poderia auferir.

As empresas inconformadas recorreram ao Judiciário, ajuizando a medida cautela inominada nº. 2007.34.00.015301-6, requerendo a suspensão da decisão do CADE que reduziu a cláusula de não-concorrência de dez para cinco anos.

Na medida cautelar, as empresas alegaram que a decisão do CADE:

> "a) é inconstitucional porque desviou a contratação da livre vontade das partes; b) violou a sua competência funcional, uma vez que a cláusula não afeta o ambiente concorrencial e o CADE não tem competência para tomada de decisões em procedimentos que envolvam o processo licitatório; c) é nula porque utilizou um motivo falso, qual seja, um "mercado relevante de certames licitatórios"; d) não tem embasamento legal".

No entanto, a juíza da 20ª Vara Federal do Distrito Federal, Emília Maria Velano, negou, em 16.05.2007, a liminar requerida.

A magistrada entendeu que reduzir uma cláusula de não-concorrência é competência do CADE, se tal dispositivo viola a ordem econômica:

> "Assim, se compete ao CADE ordenar providências para fazer cessar atos que violam a ordem econômica e se, nos termos da jurisprudência consolidada do CADE, a contratação de cláusula de não-concorrência por prazo superior a 05 anos viola preceitos referentes à ordem econômica, **não há que se falar em ausência de competência da Autarquia para reduzir a cláusula da não-concorrência** de 10 anos para 05 anos" (negritos acrescentados).

A decisão ratificou o mérito da decisão do Conselho:

> "Nesse ponto, cumpre deixar claro que, a meu ver, a cláusula de não-concorrência, prevista pelo prazo de 10 anos, viola o 'ambiente concorrencial', posto que, como bem afirmado na decisão de fls. 428/442, tal cláusula foi formulada com o único propósito de excluir as 'Empresas Brasif' das concessões de lojas francas nos aeroportos de Guarulhos e do Galeão, que concentram o maior volume de tráfego de passageiros em vôos internacionais.
> Ora, se a fixação de um prazo tão longo de não-concorrência somente objetivou a exclusão das empresas vendedoras das futuras licitações nos aeroportos de Guarulhos e Galeão, conforme constatação do CADE**, resta evidente que tal exclusão provocará uma menor concorrência nos certames licitatórios, com uma conseqüente redução dos valores ofertados na licitação, afetando, por um acordo privado, o ambiente da concorrência em questão**" (negritos acrescentados).

Por fim, a decisão judicial também afastou a alegação das empresas de que o CADE teria interferido na livre contratação entre as partes:

> "No que toca à alegação de que a decisão do CADE interferiu, indevidamente, na livre vontade das partes, não vejo com tal argumento possa prosperar. A uma, porque o contrato realizado pelas partes não traz conseqüências somente na esfera privada, mas também na esfera pública, na medida em que a fixação de um prazo tão longo, para que os vendedores não participem de licitações, influencia, diretamente, a ordem econômica. A duas, porque o Princípio da Autonomia Contratual, ainda mais depois do novo código civil, restou mitigado pela função social do contrato, sendo que tal princípio deve ter seu alcance reduzido quando afetar interesses meta-individuais, como no caso em tela, em que o contrato afeta diretamente a ordem econômica".

6.2.3.2 Decisões do Judiciário que reverteram a decisão do CADE

C. Atos de Concentração - Função Preventiva

C.1. Desconstituição da operação - Nestlé/Garoto

A Nestlé apresentou ao CADE para apreciação o A.C. nº. 08012.001697/2002-89, cujo objeto foi a aquisição dos Chocolates Garoto. O Conselho decidiu, em 04.02.2004, pela desconstituição da operação.

O juiz Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara Federal de Brasília, decidiu, em 16.3.2007 (ação de rito ordinária nº. 2005.34.00.015042-8), revogar a decisão do CADE que vetava a compra da Garoto pela Nestlé.

Em sua sentença, o juiz afirmou inicialmente que as decisões administrativas, inclusive seu mérito, podem ser revistas se houver ameaça ou lesão ao direito:

> "Deve-se assinalar, ainda em preliminar, que a sindicabilidade dos atos administrativos, inclusive em seu mérito, é plenamente viável e juridicamente aceita quando ameacem ou lesem direitos individuais. Tal decorre do Art. 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal".

Depois afirmou que ocorreram várias nulidades no processo, tais como o uso de dados "secretos", não previstos de maneira explícita e detalhada na Lei 8.884/94, fato que violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório:

> "Ora, muito embora se admita a existência de dados sigilosos em um procedimento como o que aqui se impugna, tal não deve ser a regra nem muito menos o fundamento ou um dos fundamentos basilares da decisão.
> Além disso, como se trata de exceção aos princípios gerais (com raízes constitucionais) da publicidade dos procedimentos administrativos e da ampla defesa, tais procedimentos deveriam ter previsão explícita e detalhada em lei, em sentido estrito, o que não ocorre no caso.
> A Lei n° 8.884/94, embora mencione dados e procedimentos sigilosos, não detalha nem regula o uso de tais dados e tais procedimentos, a ponto de permitir sua utilização da forma exageradamente discricionária empregada pelo CADE.
> Além de ofender os princípios gerais – constitucionais – da ampla defesa e publicidade, tal procedimento enseja indevidas e inoportunas manipulações".

Outra nulidade apontada pelo juiz foi a juntada de uma série de documentos após a decisão do pedido de reapreciação pelo CADE. Tais documentos teriam embasado o plano de desinvestimento proposto pelo CADE, a que as partes não tiveram acesso:

> "Outra mácula do procedimento, que importou em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, merecendo, assim, repulsa judicial, ocorreu com a juntada dos documentos que compõem o 2º e 3º volumes e mais um apartado confidencial dos autos do pedido de reapreciação, efetivada somente depois do seu julgamento (doc. 21)".

O fundamento da sentença do juiz foi a aprovação do ato de concentração por decurso de prazo. O magistrado entendeu que as diligências do CADE ao longo do processo não foram justificadas nem motivadas, o que violaria o princípio do devido processo legal. A isso acrescentou que as justificativas apresentadas pelo CADE ter-se-iam baseado em premissas falsas, *in verbis*:

> "Veja-se que toda a tônica da defesa do CADE, em relação à imprescindibilidade das diligências que teriam suspendido o curso do processo, estriba-se em premissas falsas (fls. 3.365/3.366).
> (...)
> Pode até ser que as diligências tivessem sua razão de ser. Ao CADE competia, a cada diligência, contudo, especialmente atento à grave conseqüência do decurso do prazo, motivar e fundamentar a diligência.
> Se o CADE se pretende (como diz a lei n° 8.884/94 com técnica duvidosa) um "órgão judicante", deve observar a boa técnica jurídica e processual que norteia a atividade judicante.
> **Ao julgador não é dado, sob a desculpa de que os termos são subjetivos, decidir ao seu talante o que é ou não imprescindível**, necessário, útil ou seja o que for, sem indicar, claramente, os motivos e fundamentos do que decide. Poder de livre valoração e convicção, discricionariedade, não são palavras mágicas que servem a abrir as portas do arbítrio.

> (...)
> Ao contrário do que afirma, **'a formação da convicção dos Conselheiros' NÃO é livre**. **A decisão que determina a realização de diligência – esclarecimentos e juntada de documentos – deve necessariamente ser fundamentada e motivada** de forma tal que se possa perquirir se foi baseada neste ou naquele argumento e, especialmente, se é ou não imprescindível. Do contrário, será nula. Não suspenderá o curso do processo.
> (...)
> A imprescindibilidade da diligência, assim, de qualquer diligência, para induzir à suspensão do § 8°, teria de ser demonstrada em motivação lógica e racional. Trata-se de manipulação da prova. Formação embrionária do que virá a ser a decisão final. E isto – demonstração lógica e racional da imprescindibilidade da prova – é perfeitamente possível, apesar da aparente subjetividade do termo. Advogados e juízes lidam com isso todos os dias, de forma científica, aos milhares, pelo Brasil afora, quando decidem e agravam para pedir a reforma ou manutenção de decisões que deferem ou indeferem provas. E os Tribunais analisam e julgam tais pedidos, com base em critérios técnicos. Científicos. Isto é a ciência do direito.
> Note-se que não se está falando de despachos de mero expediente, mas de decisão que tem uma grave conseqüência: suspender o curso de prazo fatal.
> (...)
> A única conclusão compatível com o princípio da eficiência é que a regra seja o cumprimento do prazo, sua suspensão é a exceção. E o excepcional deve ser justificado, motivado.
> Tal não ocorreu com as diligências determinadas pelo CADE. **Expediram-se ofícios solicitando as mais diversas e variadas informações, algumas prescindíveis, outras não; foram determinadas inúmeras diligências que levaram um procedimento destinado a durar 60 dias aos 411 dias** (mais de um ano).
> E nunca se pensou em justificar, motivar, arrazoar a imprescindibilidade de tantas e tantas diligências. É ociosa, assim, a esta altura, a discussão sobre qual diligência teria sido ou não imprescindível. **Todas elas são nulas. Sua determinação imotivada afrontou o devido processo legal** tipificado no artigo 50, inciso I, da Lei n° 9.784/99. Aquelas diligências não geraram, portanto, a conseqüência do § 8° do art. 54, da Lei 8.884/94. Não se suspendeu, por um só dia, o curso do prazo do § 7°. Por força do artigo 54, § 7º, o ato de concentração está aprovado" (negritos acrescentados).

D. ANÁLISE

Pela análise da jurisprudência acima comentada, pode-se concluir que, apesar de o Judiciário "rever" as decisões do CADE, os julgados do Conselho estão sendo mantidos em sua maioria. Casos que foram revistos, mister que se ressalte, foram casos de grande repercussão pública e sobre os quais muito se discutiu.

A conclusão geral dos magistrados é que a decisão do CADE é título executivo extrajudicial, possui presunção de legitimidade e auto-executoriedade, devendo ser alterada pelo Judiciário

somente mediante provas robustas, ou seja, provas inequívocas e concretas de abuso ou ilegalidade.

Ressalta-se que a única decisão do CADE alterada até o momento pelo Poder Judiciário (caso Nestlé/Garoto) não analisou o mérito da decisão, mas entendeu que houve decurso de prazo do CADE para julgar.

Dessa forma, o Tribunal Regional Federal da 1ª. Região já firmou posicionamento de que a decisão do CADE não deve ser alterada por liminar, em atenção à segurança jurídica.

Ponto positivo, pois, se as decisões do Judiciário derrubassem a maioria das decisões do CADE, todo o direito concorrencial estaria em jogo. Isso prova que o CADE não é uma instância inútil e não invalida a aplicação da Lei 8.884/94.

O direito econômico, a par do administrativo, não pode pura e simplesmente ser ignorado. As autarquias existem há muito tempo e têm autonomia, podendo regular a atividade no âmbito de sua competência, aplicar multas e demais sanções previstas em lei. E tal previsão decorre do próprio texto constitucional.

Tanto o CADE, como o Judiciário devem visar à aplicação da lei. Se os administrados sentiram-se lesados têm o direito constitucional garantido de levar a sua demanda ao Judiciário.

A questão se complica exatamente aí: quando as discussões são levadas ao Judiciário. Não que este Poder não possa analisar a questão, mas o direito econômico, pela sua natureza, não comporta décadas de espera até o julgamento. A instância administrativa traz o benefício da especialidade técnica e celeridade na apreciação de suas contendas.

As decisões do CADE, tomadas no exercício do poder de polícia de controle do mercado, precisam ser implementadas com rapidez, caso contrário, perderão a sua eficácia diante da dinâmica da economia globalizada.

A dificuldade de implementações das decisões do CADE vai além do imaginado. Depois de 13 anos da promulgação da Lei 8.884/94 e da transformação do CADE em autarquia**, nenhuma ação ajuizada contra as decisões do CADE chegou ao fim, com sentença transitada em julgado e reversão dos valores das condenações em benefício da sociedade!**

Tendo em vista esse quadro, o que se pode fazer de imediato para melhorá-lo é buscar uma solução negociada entre as partes, seja no âmbito administrativo ou judicial, desse modo evitando os custos intrínsecos à morosidade do processo. Eis uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência.

Outras soluções mais complexas, mas mais efetivas, que concederiam maior segurança jurídica ao sistema[193]-[194], serão apresentadas e discutidas no capítulo 8.

[193] Conforme ensinamento da Profa. Rosa Nery "mesmo quando injusto, o direito visa à segurança e à certeza social, exigindo um Poder que o estabeleça" (*Pessoa Natural: Sujeito de Direito*. p. 32).

7. A visão do Direito Comparado

7.1 A União Européia

7.1.1 Panorama do sistema de defesa da concorrência

A defesa da concorrência na União Européia pode ser exercida pela Comissão Européia ou Autoridades e Cortes dos Estados-Membros. No entanto, quando as operações ou investigações tiverem efeito em mais de um Estado-membro, ou seja, tiverem dimensão comunitária, serão conduzidas pela Comissão Européia. Conforme previsto no item 17 do Regulamento CE nº. 1/2003, a competência das autoridades nacionais de defesa da concorrência dos países-membro da União Européia é eliminada, quando a Comissão já tiver iniciado um processo:

> "(17) A fim de assegurar tanto a aplicação coerente das regras de concorrência como uma gestão optimizada da rede, é indispensável introduzir a regra segundo a qual, quando a Comissão der início a um processo, este sai automaticamente da alçada das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Sempre que uma autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência já esteja a instruir um processo e a Comissão tencione dar início a um processo, esta instituição esforçar-se-á por concretizar a sua intenção o mais rapidamente possível. Antes de dar início ao processo, a Comissão deverá consultar a autoridade nacional competente".

No entanto, tal fato não impede que o direito de defesa da concorrência também seja aplicado pelas autoridades nacionais de defesa da concorrência dos países-membros da União Européia e suas cortes nacionais nos demais casos. Aliás, vale ressaltar, desde 01.05.2004, todas as

---

[194] As possíveis soluções apresentadas no próximo capítulo foram elaboradas com base na inquietude que assalta o jurista, que vê o mundo modificar-se e não pode ficar como mero expectador. Natalino Irti, em palestra sobre o BioDireito proferida na USP, em São Paulo, em 24.04.2007, lecionou que o direito não pode permanecer como um curioso espectador, nem delegar a outras forças a condução dos homens. Os tempos exigem que se assuma uma posição. A escolha entre 'agir como barreira' ou 'cavar um leito na correnteza' está confiada à responsabilidade político-jurídica: não existe qualquer critério sólido e imutável de verdade.

autoridades nacionais de defesa da concorrência também podem aplicar dentro de sua jurisdição os arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia para assegurar a livre concorrência, o que não conflita com o direito dos Estados-Membros de aplicarem na sua jurisdição a legislação nacional, desde que esta seja compatível com os princípios do direito comunitário, conforme item 9 do Regulamento CE nº. 1/2003[195]. Da mesma forma, as Cortes Nacionais também podem aplicar o Tratado para proteger os diretos individuais dos cidadãos[196].

Embora as autoridades nacionais possam aplicar o direito comunitário, o contrário não pode ser feito: a Comissão não tem jurisdição para aplicar nos países-membros as legislações nacionais.

A Comissão Européia, estabelecida em Bruxelas, atua por meio do *Directorate-General for Competition*[197].

O *Directorate-General for Competition* tem um diretor-geral e três diretores subordinados ao diretor-geral, cada qual responsável por uma das três principais áreas da lei de defesa da

---

[195] "(9) Os artigos 81 e 82 do Tratado têm por objectivo proteger a concorrência no mercado. O presente regulamento, aprovado em aplicação dessas disposições do Tratado, não impede os Estados-Membros de aplicarem no seu território legislação nacional que proteja outros interesses legítimos, desde que essa legislação seja compatível com os princípios gerais e outras disposições do direito comunitário".

[196] On line: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/overview_en.html

[197] Ricardo Ferreira Pastore explica detalhadamente a composição da Comissão Européia: "A Comissão Européia é uma instituição que dispõe de poderes de iniciativa, de execução, de gestão e de controle. É a guardiã dos Tratados e representa o interesse comunitário. É composta por um órgão colegial de 30 membros independentes (2 membros para a Alemanha, Espanha, França, Itália e Reino Unido e um membro para cada um dos países restantes). A Comissão é nomeada por maioria qualificada do Conselho, de acordo com os Estados-membros, por um período de 5 anos; está sujeita a uma votação de investidura do Parlamento Europeu, perante o qual é responsável. O Colegiado dos Comissários é assistido por uma administração composta por direções gerais e serviços especializados, cujo pessoal se encontra repartido essencialmente entre Bruxelas e Luxemburgo. No caso da defesa da concorrência, existe um Comissário especialmente nomeado para tratar desse assunto. Os funcionários da Comissão Européia estão organizados em departamentos, denominados Direções-Gerais – DG. Cada DG é responsável por uma área política específica, sendo chefiada por um Diretor-Geral, que responde diretamente ao Comissário competente") (*O controle judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*. p. 20).

concorrência: antitruste (práticas anticompetitivas conforme os arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia), *mergers* (fusões e aquisições) e subsídios concedidos pelos Estados-membros (conforme os arts. 87 e 89 do Tratado da Comunidade Européia).

7.1.2 A revisão das decisões dos órgãos de defesa da concorrência na União Européia

Todas as decisões da Comissão podem ser contestadas no Tribunal de Primeira Instância (*Court of First Instance*) por qualquer das partes envolvidas ou terceiros direta ou indiretamente afetados pela decisão[198], e o Tribunal de Primeira Instância poderá revisar totalmente a decisão. Podem ser contestados tanto os aspectos processuais como o mérito da decisão da Comissão.

Maria Cecília Andrade ressalta, contudo, que raramente são interpostos recursos no Tribunal de Primeira Instância, para o que apresenta duas possíveis explicações: (i) porque as decisões da Comissão, em sua maioria, são pela compatibilidade com o mercado comum ou (ii) porque, em relação aos atos de concentração, é necessário que tais decisões sejam dinâmicas, característica que as decisões do Poder Judiciário não têm:

[198] No tocante à possibilidade de terceiros interporem recursos, Maria Cecília Andrade ressalta que tal permissão pode retardar ou entravar uma operação: "A legitimidade para interpor recurso, em princípio, é das partes notificantes da operação, ou a quem se destinou a multa ou a sanção pecuniária compulsória. Não obstante, não está vedada a hipótese de que um terceiro interessado também venha a interpor recurso, desde que demonstre a existência de um interesse legítimo. Essa possibilidade de um terceiro recorrer de uma decisão de compatibilidade (o que seria mais lógico) tem sido objeto de críticas, pois pode dar margem a abusos, como, por exemplo, a utilização de tal faculdade para retardar ou entravar uma operação, com o único fim de incomodar ou prejudicar os seus concorrentes" (ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. p. 218/219)

> "Outro destaque importante a ser feito é que raramente as partes notificantes recorreram ao Tribunal de Primeira Instância ou ao Tribunal de Justiça para impugnar ou tentar anular qualquer decisão tomada pela Comissão. Esse fato pode ser justificado por duas razões: em *primeiro lugar*, porque, em sua maioria, as decisões tomadas foram no sentido de compatibilidade com o mercado comum (em alguns casos acompanhadas de compromissos no sentido de corrigir quaisquer dúvidas que tivessem sido levantadas); em *segundo lugar*, devido à própria natureza das operações de concentração, que exigem decisões dinâmicas, o que dificilmente ocorre em se tratando de análises efetuadas no âmbito jurisdicional, cuja morosidade comprometeria a eficácia dos projetos de concentrações pretendidos. Dentre as decisões de incompatibilidade, o único recurso interposto pelas partes foi no caso Cable/Telefônica, tendo sido o restante interposto por 'terceiros' concorrentes, trabalhadores ou prejudicados com compromissos, mas jamais pelas próprias partes notificantes"[199].

Uma terceira explicação pode ser incluída: o custo. Como o processo de revisão pode durar anos, os gastos decorrentes costumam ser altos, o que também desestimula as empresa a recorrerem da decisão.

No entanto, ressalta-se que um sistema de análise sumário (*fast-track*) introduzido no Tribunal de Primeira Instância em 2001 tem acelerado consideravelmente o processo judicial de revisão das decisões da Comissão. Recentemente, os recursos ao Tribunal de Primeira Instância tornaram-se mais comuns devido ao aparente compromisso do Tribunal em analisar as decisões da Comissão tempestiva e cuidadosamente.

Os recursos não analisados pelo Tribunal de Primeira Instância por meio do *fast-track*, tal como o recurso da GE/Honeywell, continuam pendentes de julgamento quatro anos após proferida a decisão proibitória da Comissão. Com a instituição do *fast-track*, o tempo de análise dos recursos diminuiu aproximadamente três ou quatro anos para, em média, um ano da data da decisão da Comissão.

---

[199] *Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. p. 246/247.

Os recursos como os da Schneider, contra a decisão da Comissão de proibir que se fundissem Schneider com a Legrand (2002), da Tetra Laval, contra a decisão de proibir a fusão com a Sidel (2002), da EDP, contra a decisão de proibir a fusão da ENi/EDP/GDP (2005), foram analisados pelo Tribunal de Primeira Instância pelo *fast-track*.

Até junho de 2002, nenhuma das decisões da Comissão de proibir fusões e aquisições, por exemplo, tinha sido alterada em sede de recurso. O cenário mudou com o julgamento do caso Airtours/First Choice[200], o primeiro de uma série de julgamentos em que o Tribunal de Primeira Instância alterou a decisão da Comissão.

A interposição de recurso contra uma decisão da Comissão não suspende a sua eficácia, mas o Tribunal de Primeira Instância poderá fazê-lo, se achar conveniente.

As decisões do Tribunal de Primeira Instância só poderão ser revisadas em questões de mérito pelo Tribunal de Justiça Européia (*European Court of Justice* – ECJ).

[200] Ricardo Pastore analisou a referida decisão: "Na análise deste caso, a Comissão Européia apurou que três líderes do mercado de operadores de turismo do Reino Unido, após a operação, teriam grande possibilidade de praticar, tacitamente, colusão que restringiria a capacidade e forçaria os aumentos nos preços de pacotes de turismo de curto período. O Tribunal de Primeira Instância, em sua análise no caso, não concordou com a decisão da Comissão Européia notadamente pela falta de transparência do mercado (a capacidade de turismo era definida com 18 meses de antecedência, antes mesmo de qualquer publicação de folheto de turismo) e também pela inexistência de qualquer mecanismo efetivo de disciplinamento dos membros do oligopólio que viessem a praticar alguma conduta anticoncorrencial. Este caso foi um importante passo onde o tribunal explicou as condições caracterizadoras do *collective dominance*. A Comissão deve demonstrar as seguintes características, em suas investigações, para processar e punir estes casos: (i) o mercado deve ser condutivo à colusão tácita; (ii) a existência de um mecanismo viável a colusão; (iii) transparência suficiente para demonstrar a colusão; (iv) o oligopólio deve estar inteiramente estável; (v) deve resistir a desafios de fora (consumidores e competidores). Este julgamento foi bastante importante, pois o Tribunal examinou rigorosamente a apuração dos fatos (*finding of facts*) da Comissão, constando que alguns casos a análise da Comissão estava errada" (*O controle judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*. p. 28/29).

Como exposto, o sistema europeu de defesa da concorrência adotou o sistema de dupla jurisdição: na primeira instância – Comissão – a decisão é administrativa e na segunda é judicial – Tribunal de Primeira Instância e/ou Tribunal de Justiça Européia.

7.2 Estados Unidos

7.2.1 Panorama do sistema de defesa da concorrência

Existem três formas do direito da concorrência ser exercido nos Estados Unidos: (i) ações penais e civis levadas a cabo pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (*The Antitrust Division of the Department of Justice, DOJ*); (ii) ações civis propostas pelo *Federal Trade Commission,* FTC; e (iii)) ações propostas por particulares prejudicados pelas práticas anticoncorrencias requerendo indenizações.

O *FTC,* comissão independente estabelecida pelo Congresso norte-americano em 1914, compõe-se de cinco Conselheiros indicados pelo presidente e sabatinados pelo Senado Federal. Já o *DOJ* é uma das divisões contenciosas do Departamento de Justiça e está dentro do Poder Executivo.

A principal legislação norte-americana de defesa da concorrência é o *Sherman Act* (promulgado em 1890) e o Clayton e FTC Acts (ambos de 1914). O *Sherman Act* proíbe restrições injustificadas ao comércio, tentativas de monopolização e abusos de poder econômico de monopólios. O *Clayton Act* proíbe fusões e aquisições que possam ter efeitos lesivos à

concorrência ou tendam a criar monopólios. O *FTC Act* estabelece quais dessas práticas são consideradas anticompetitivas e ilegais.

Tendo em vista que o DOJ e o FTC têm jurisdição paralela para investigar fusões e aquisições (*mergers*) e condutas anticompetitivas[201], uma divisão do trabalho foi feita entre as agências para assegurar que cada investigação seja conduzida pela agência de maior *expertise* no assunto específico. Geralmente, a Divisão Antitruste trata de assuntos relacionados às indústrias de *software*, serviços financeiros, mídia e entretenimento e telecomunicações, enquanto o *FTC* cuida dos setores automobilístico, indústrias de *hardware*, energia, saúde, setor farmacêutico e de biotecnologia.

7.2.2 A revisão das decisões dos órgãos de defesa da concorrência dos Estados Unidos da América

Perante uma prática anticompetitiva, o DOJ é obrigado a apresentar a um *Federal District Court* (Tribunal Federal do Distrito) ação que vise à devida reparação legal, a respeito da qual o Tribunal proferirá uma decisão.

O *DOJ* resolve a maioria das investigações civis por meio de um acordo firmado entre o governo e a parte investigada. A parte acusada de violar a legislação de defesa da concorrência norte-americana geralmente concorda, sem admitir culpa, em tomar medidas que, na opinião do *DOJ,*

[201] No entanto, o DOJ tem também competência para propor ações criminais contra os infratores da lei de defesa da concorrência norte-americana. Quando a ação criminal não é apropriada, o DOJ propõe uma ação civil visando uma ordem judicial que proíba futuras infrações da lei e requer medidas para remediar os efeitos anticompetitivos das infrações passadas. Fonte: http://www.usdoj.gov/atr/overview.html

remediarão os efeitos anticompetitivos da conduta adotada. A decisão deverá ser aprovada pelo Judiciário.

Se no âmbito do FTC as partes não chegarem a um acordo, as investigações serão apuradas em tribunal administrativo próprio do FTC. As investigações perante o FTC seguem um rito semelhante àqueles de um tribunal comum, com a diferença de possuir um juiz administrativo. Provas são apreciadas, testemunhas são ouvidas como em um tribunal. A decisão tomada pelo juiz administrativo do FTC poderá ser contestada aos conselheiros que compõem o *FTC*, os quais proferirão uma decisão final.

As decisões do *FTC* e do *DOJ* poderão ser contestadas perante o tribunal respectivo do Estado que iniciou a ação (*Court of Appeals*) e essas decisões, por sua vez, poderão ser contestadas no Supremo Tribunal (*Supreme Court*), mas é raro que o Supremo conheça um recurso.

Como visto, tanto o *FTC* como o *DOJ* são competentes para aplicar a legislação de defesa da concorrência por meio de ações no Judiciário, o qual sempre profere as decisões finais.

8. Conclusão

8.1 Identificação da problemática brasileira e possíveis soluções

O aumento de decisões judiciais analisando e revendo as decisões proferidas pelo CADE é fato notório e pode ser justificado pela abertura da economia, relativa estabilização da moeda e extinção do controle de preços feito pelo Governo, dentre outros fatores.

Segundo afirmação de Natalino Irti em palestra sobre o TecnoDireito proferida na Universidade de São Paulo em 24.04.2007, a alteração na economia leva à reforma do Direito, pois a economia de mercado assume o lugar do velho direito natural e, assim sendo, eleva-se a juiz do direito positivo, tutelando a sua conservação ou promovendo a sua reforma.

No entanto, o aumento do número de ações requerendo do Judiciário a revisão das decisões do CADE não representa perda de credibilidade do Conselho, mas pode levar à sua ineficácia. Dessa forma, torna-se necessário analisar as vantagens e desvantagens do sistema jurídico atual que permite ao Judiciário rever as decisões do CADE:

(i) O alegado despreparo do Judiciário

O direito econômico, incluindo o direito da concorrência, apenas recentemente passou a ser visto como um ramo específico do direito, razão porque ainda é pouco estudado e muito pouco

debatido no Poder Judiciário. Contudo, isso não é empecilho para o julgamento. Todo juiz é competente para estudar a matéria, familiarizar-se com ela e tomar uma decisão consistente[1].

Entretanto, ao analisar qualquer caso envolvendo decisões do CADE, deve o juiz utilizar, quando possível, todo o material produzido por esse sistema altamente especializado. Por exemplo: as questões econômicas são tratadas detalhadamente pelas Secretarias que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - a SEAE e a SDE. Dessa forma, dependendo do caso[2], não será preciso refazer um trabalho técnico com peritos, se esse trabalho já foi realizado dentro do Sistema com competência própria.

Sendo assim, embora o Judiciário possa rever as decisões do CADE em sua totalidade, tanto nos aspectos formais quanto no mérito, ele não deverá refazer o trabalho feito pelos órgãos de defesa da concorrência quando estes não estiverem eivados de vícios, para garantir assim maior celeridade nos processos.

[1] Posição também do ex-conselheiro do CADE Antonio Fonseca: "isso leva à discussão sobre o preparo do Judiciário para decidir as questões sobre o assunto em apreço. Esta é uma preocupação desprezível que somente poderá se tornar fato sério se o padrão das decisões da agência administrativa for um fiasco. Todo juiz poderá tornar-se um perito em matéria de concorrência, desde que tenha oportunidades para desenvolver sua capacidade de compreensão. A falta de perícia é preenchida por bons assistentes técnicos" (*Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial*. RevIBRAC. p.29).

[2] A necessidade ou não de refazer o trabalho técnico do CADE dependerá da persuasão racional e do livre convencimento do juiz. Não há regra para esta questão.

(ii) Justiça administrativa X Judiciário

É inegável que o CADE julga os casos com maior velocidade que o Judiciário. Enquanto no Tribunal de Justiça de São Paulo demoram-se, em média, cinco anos para julgar um processo[3], o CADE costuma levar dois anos para decidir um ato de concentração complexo.

O processo administrativo em seu curso apresenta poucos recursos às suas decisões, diferentemente do processo judicial, no qual as vastas possibilidades e instâncias, não raro provocam décadas de espera dos empresários para receberem permissão, para, por exemplo, concretizar uma aquisição.

Além do mais, o julgamento no âmbito administrativo é guiado, dentre outros, pelo princípio da economia, rapidez nas decisões, capacidade de adaptação às inúmeras condições, flexibilidade nos tecnicismos formais, pouca vinculação aos seus precedentes e formação eclética dos membros do Colegiado.

Nesse ponto, o CADE tem a vantagem de contar em plenário com conselheiros que podem ser economistas ou advogados, o que proporciona diversas visões sobre as questões lá abordadas e permite chegar, mediante discussão dialética, sobrepesando a Economia e o Direito, a decisões mais razoáveis.

[3] A Emenda Constitucional 45/2004 determina a imediata distribuição dos processos aos desembargadores nos Tribunais, com isso, temos apenas uma estimativa de julgamento que varia de câmara para câmara.

Por fim, deve-se ressaltar que a decisão do CADE é prolatada por órgão Colegiado, composto de sete especialistas (um Presidente e seis Conselheiros) que proferem seus votos e debatem seus pontos de vista. Levada tal decisão do CADE ao Judiciário, será agora analisada por um juiz singular, sem especialização na questão concorrencial, e submetidos à revisão de, em regra, três desembargadores cuja investidura foi, em tese, muito anterior às inovações legislativas do direito da concorrência.

(iii) Do suposto comprometimento político-partidário da agência administrativa

Os membros do CADE, tanto o presidente como os conselheiros, são nomeados pelo Presidente da República depois de sabatinados pelo Senado Federal. De qualquer forma, a indicação é feita e aprovada pelo Governo. Até o presente momento, o Brasil foi agraciado com membros que não deixaram a influência política interferir em suas decisões, mas, infelizmente, esse risco existe.

No Poder Judiciário, a influência política é mais difícil de ocorrer, uma vez que, seus membros passam por concursos muito rígidos para tornare-se juízes. Mas as decisões do Judiciário também não estão isentas das influências sociais e comoções políticas, tal como ocorreu no caso Nestlé/Garoto.

Outro ponto que pode pesar negativamente para o CADE é o mandato de apenas dois anos de seus membros, com uma possível renovação. Dessa forma, a cada dois anos, o Conselho pode renovar-se totalmente e decisões dele emanadas podem variai muito, conforme a sua composição. Ao contrário, os membros do Judiciário gozam das garantias de vitaliciedade e inamovibilidade.

Diante desse quadro, enumeramos algumas possíveis soluções para a questão, as quais, adianta-se, não são simples, mas visam trazer ao direito concorrencial maior segurança jurídica e, ao mesmo tempo, manter a agilidade das decisões, as quais são extremamente necessárias neste ramo do Direito[4].

(i) Jurisdicionalizar a defesa da concorrência

Tendo em vista o princípio constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça ao direito pode ser furtada da apreciação do Judiciário, e considerando-se que uma das grandes queixas contra a estrutura do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é a falta do duplo grau de jurisdição, uma vez que dentro do âmbito administrativo não cabe recurso das decisões do CADE, propõe-se a jurisdicionalização da defesa da concorrência no Brasil.

Essa solução consistiria em colocar dentro do Judiciário a instrução e decisão dos processos de defesa da concorrência, criando varas ou câmaras especializadas, tal como hoje ocorre nos processos de falência, infância e juventude, etc. Considerando-se a competência da Justiça Federal, na Capital do Distrito Federal, conforme item 6.2.1 deste estudo, ao menos naquela Comarca a experiência poderia ser implementada.

[4] A ousada tentativa deste estudo de propor novas soluções, inclusive as alterações legislativas, inspirou-se na afirmação da Profa. Rosa Nery de que "o jurista influi na criação da norma, porque conhece onde estão as falhas do sistema – ainda que se reconheça que isto não é, propriamente, atividade dele, mas do legislador, a contribuição que dará para aperfeiçoar a norma ao justo é filosófica e, portanto, valorativa, e estará, de qualquer forma, em busca do fundamento filosófico da norma, a que se propõe, naturalmente, perseguir" (*Pessoa Natural: Sujeito de Direito*. p. 23).

Além do mais, para evitar que os processos relacionados aos atos de concentração - que demandam, por sua natureza, de decisões rápidas - sofram com a demora comum dos demais processos, sugere-se, ainda, a criação de um procedimento sumário (*fast-track*), tal como o da Europa, descrito no item 7.1.2.

Como analisado no capítulo sobre o Direito Comparado, nos Estados-Unidos, o *DOJ* propõe ações perante um *Federal District Court* (Tribunal Federal do Distrito), cuja decisão, convém ressaltar, costuma encerrar as ações por acordo.

Além do mais, a cultura da autocomposição e voluntariedade no cumprimento de acordos com alteração da mentalidade jurídica dos agentes devem ser estimuladas.

(ii) Alterar a Lei 8.884/94, implementando uma segunda instância

Outra alternativa para o aprimoramento do sistema de defesa da concorrência seria implementar, dentro do sistema atual, uma segunda instância administrativa das decisões do CADE. Assim, haveria primeiramente uma decisão singular do órgão, para, se necessário, levar o recurso ao Plenário, do qual proviria uma decisão colegiada. Privilegiar-se-ia, nesta hipótese, a segurança jurídica, e dita revisão, sem efeito suspensivo, não prejudicaria a celeridade da tramitação.

Já tramitam no Congresso Nacional os Projetos de Lei 3937/2004 e 5.877/2005, que visam reestruturar o sistema brasileiro de defesa da concorrência, extinguindo a Lei 8.884/94. Projetos, a propósito, incluídos no Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) anunciado em 2007 pelo

Governo Federal para fomento do crescimento econômico nacional. Os projetos pretendem extinguir o atual sistema tripartite (SEAE, SDE e CADE), permanecendo apenas a SEAE e o CADE.

O Conselho passaria a ser composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. A Superintendência receberia as atuais funções da SDE e proferiria decisão terminativa quando o processo dispensasse novas diligências e estivesse relacionado a casos de menor potencial ofensivo. Das decisões da Superintendência caberia recurso ao Tribunal Administrativo.

A SEAE, ainda parte do Sistema, continuaria diretamente ligada ao Ministério da Fazenda, passando a ser responsável pela coordenação das atividades relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência, concentrando-se nas discussões de marcos regulatórios *ex-ante* e podendo manifestar-se nos processos.

No entanto, nesse Projeto de Lei as decisões do Tribunal continuam a não comportar revisão no âmbito do Poder Executivo. Nesse sentido, os projetos de Lei continuam a permitir o recurso ao Judiciário, mesmo passando a decisão pela dupla instância de jurisdição no âmbito administrativo. Portanto, não alteraria o cenário atual da possibilidade das revisões judiciais das decisões do CADE.

(iii) Emendar a Constituição Federal de 1988 para impossibilitar o Judiciário de rever as decisões do CADE.

Por fim, a última possível solução seria alterar, por meio do rígido procedimento de emenda, a Constituição Federal para impedir que as decisões do CADE fossem contestadas no Poder Judiciário. Apesar de drástica, a medida proporcionaria segurança jurídica, visto que as decisões rápidas do CADE deixariam de ser discutidas anos a fio pelo Judiciário, o que obsta o fechamento e a conclusão de atos de concentração.

8.2 Importância e influência da efetividade das decisões do CADE em uma economia globalizada

Vivemos uma integração comercial planetária, que cresce cada vez mais com as inovações tecnológicas. O Direito precisa acompanhar a velocidade da economia, ou seja, as decisões envolvendo o direito da defesa da concorrência não podem perder agilidade, muito menos, eficácia.

O direito da concorrência naturalmente não será preocupação posterior à globalização, mas um dos seus elementos catalisadores, como diria Gesner de Oliveira, sem o qual a integração em plano internacional torna-se temerária.

As empresas estrangeira, ao fazerem investimentos fora de sua sede ou antes de qualquer *joint-venture,* analisam, entre outros fatores, o direito da concorrência dos países-alvo, para que suas

operações não sejam vetadas ou emperradas, bem como para saber se seus concorrentes serão devidamente punidos se adotarem práticas anticompetitivas. Ou seja, o direito da concorrência hoje representa fator de atração de investimentos no mercado globalizado.

Países que proponham regras claras e harmônicas no direito de defesa da concorrência terão a preferência dos investidores estrangeiros.

Portanto, nossos legisladores precisam estar intimamente inteirados sobre a realidade econômica global. Modernamente, não basta conhecer o texto da Constituição Federal para estar apto a legislar: é necessário conhecer a realidade e fazer com que as leis expressem essa realidade. E o desafio é muito maior quando se trata de normas de conteúdo econômico.

As normas jurídicas econômicas são criadas para reger essa nova realidade econômica e demonstram que o Direito não é imutável. Elas têm o condão de criar uma nova sociedade, novos fatos sociais. Desse modo, a norma econômica deve viabilizar condições e promover diretamente o crescimento e o desenvolvimento do País.

Portanto, independentemente do caminho que o Brasil venha a tomar em relação ao direito da concorrência, seja aprovando os Projetos de lei que altera o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ou adotando outras soluções possíveis, a revisão judicial das decisões do CADE não pode se constituir um empecilho para os investimentos estrangeiros no Brasil.

9. Referências Bibliográficas

LIVROS

Nacionais

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei 8.884/94*.São Paulo: Singular, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001.

CARPENA, Heloisa.*O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade Civil Concorrencial – Introdução ao Direito Concorrencial Privado*. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Poder econômico – A fenomenologia – Seu disciplinamento jurídico*. São Paulo: RT, 1967.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CRETELLA JR, José. *Comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico – Jurisprudência anotada*. Rio de Janeio: Renovar, 1999. v.1 e 2.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FERRAZ JUNIOR, Tércio de Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7ed. revista, atualizada e ampliada São Paulo/SP/Brasil: Malheiros, 2004.

_____. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. – 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: RT, 2005.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998.

_____. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Ensaios reunidos*. São Paulo: Singular, 2004.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. Malheiros, 2004.

_____ e FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. Malheiros, 2005.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Direito Econômico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____.. *Lei de proteção da concorrência. Comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MARTINS PROENÇA, José Carlos. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7 ed. Ver. e atual. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____; NERY JR., Nelson. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; PORTO NETO, Benedicto; MENDES, Conrado Hübner. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 4º ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*, 1º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Concorrência*: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PETTER, Lafayete Josué. Princípios *constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005.

ROSO, Jayme Vita. *Novos apontamentos à lei antitruste brasileira*. São Paulo: LTr, 1998.

SALGADO, Lúcia Helena. *A economia política e a ação antitruste – O debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro*. São Paulo: singular, 1997.

SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6ed. São Paulo: Ltr, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Método, 2006.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. v.1. São Paulo: Malheiros, 2004.

Internacionais

BISHOP, Simon e Walker, Mike. *Economics of E. C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement.* London, Sweet & Maxwell, 1999.

BOYCE, John and TUBBS, Anny. *The Internacional Comparative Legal Guide to: Merger Control 2007*. Global Legal Group. United Kingdon, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COASE, R. H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

DAVIES, John and CAMERON, Stephanie. *Merger Control 2006*. Global Competition Review. Londres, 2005.

EWING, Kenneth P. e EPSTEIN, Anthony C. *The international Comparative Legal Guide to: Merger Control 2007*. Global Legal Group. United Kingdon, 2006.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridoco del mercato*. Quarta edizioni. Roma: Editori Laterza, 2001

JONES, Allison e SUFRIN, Brenda. *EC Competition Law – text, cases, and materials*. 2nd edition. Oxford University Press

HARTY, Ronan P. *Merger Control 2006*. Global Competition Review. Londres, 2005.

SULLIVAN, Lawrence A. e Grimmes, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook.* St. Paul, Minn., 2000.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 5th edition. LexisNexis UK.

ARTIGOS

Nacionais

ALVES, Waldir. *O Ministério Público Federal e o CADE na Lei Antitruste*. Boletim Científico da Escola Superior Do Ministério Público da União, ano I, nº1 – out./dez. de 2001.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Origens do direito da concorrência*. Revista da Faculdade de Direito da USP. v.91, p. 3-26, 1996.

BASTOS, Aurélio Wander. *Cartéis e concorrência. Estudo sobre a recuperação legislativa de conceitos de direito econômico no Brasil*. Revista de Direito do Consumidor. V.23/24, julho/dezembro 1997, p.104-111.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. Revista dos Tribunais, 1973.

COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável direito econômico*. Revista dos Tribunais v.353, p. 14-26.

CONSIDERA, Cláudio. *Uma breve história da economia política da defesa da concorrência*. RevIBRAC, São Paulo, v.9 n.5, p. 5-37, 2002.

COSTA, Maurício de Moura. *Princípios constitucional da livre concorrência*. RevIBRAC, São Paulo, v.5 n.1, p.7-26, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Autotutela - Poder de revisão dos atos pela administração*. BDA: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo. v.12. n.4. p.194-202. abr. 1996.

FAGUNDES, Jorge. *Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago*. RevIBRAC, São Paulo, v. 10 n.3, p.129-147, 2003.

FARJAT, Gerard. *A noção de Direito Econômico*. Revista de Direito do Consumidor. v. 19, julho/setembro 1996, p.25-67.

FERRAZ JUNIOR, Tércio de Sampaio. *Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 45 (180): 175-185, jul/dez 1992.

_____. *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*. RevIBRAC, São Paulo, v.4 n.6

_____. *Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo*. RevIBRAC, São Paulo, v. 3 n.6, p.124-138, 1996.

FILHO, Alberto Venâncio. *A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência*. RevIBRAC, São Paulo, v. 5 n.9, p.511, 1998.

FONSECA, Antonio. *O papel do Ministério Público na política da concorrência*. RDE, Brasília, n.25, p.71-76, jan.-jul. 1997.

_____. *Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial*. RevIBRAC, São Paulo, v. 6 n.3, p.5-48, 1999.

FONSECA, Jose Julio Borges da. *Analise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Economica - CADE*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Sao Paulo. v.35. n.103. p.25-32. jul./set. 1996.

FORGIONI, Paula A. *Análise Econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação?* Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo. v.139. p. 242-256. jul./set. 2005.

GATTO, Ana Carolina dos Santos. *A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor*. RevIBRAC, São Paulo, v. 9 n.1, p.257-281, 2002.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Os escopos sociais do direito antitruste*. RevIBRAC, São Paulo, v. 11 n.2, p.129-148, 2004.

HOLTZ, Ludmila Passos. *Bem-estar do consumidor – uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira*. RevIBRAC, São Paulo, v. 13 n.1, p.107-135, 2006.

JUNIOR, Marco Aurélio Serau. *Os princípios constitucionais da ordem econômica no contexto da globalização*. RevIBRAC, São Paulo, v. 12 n.4, p.134-154, 2005.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A intervenção do CADE no processo judicial*. Cadernos Jurídicos. São Paulo. v.3. n.10. p.135-42. jul./ago. 2002.

LEITE, Fábio Carvalho. *A defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro*. RevIBRAC, São Paulo, v. 9 n.1, p.201-231, 2002.

LEWIS, Sandra Bardon. *A íntima relação entre o direito e a economia*. Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, ano XLIV, abril/junho/2005, p.231-249.

MACERA, Andréa Pereira. *A Interação entre antitruste e antidumping: problema ou solução?* Documento de Trabalho nº. 36de dezembro de 2006, disponível em www. fazenda.gov.br/seae.

MARTINEZ, Ana Paula. *A defesa dos interesses dos consumidores*. RevIBRAC, São Paulo, v. 11 n.1, p.67-99, 2004.

ROSO, Jayme Vita. *A necessária humanização do direito da concorrência – sua busca através do pensamento de Miguel Reale*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. V.3, n.6, jul/dez 2000, p.275-279

TEIXEIRA, José Eleares Marques. *Controle judicial das decisões do CADE*. RevIBRAC, São Paulo, v. 12 n.6, p.173-188, 2005.

VENÂNCIO, FILHO, Alberto. *A integração dos princípios econômicos e princípios jurídicos na legislação da concorrência*. RevIBRAC, São Paulo, v.5, n.9, 1998.

VIEIRA, Caroline Sanselme. *O Primeiro Acordo de Leniência firmado no Brasil. Revista de Direito Internacional e Econômico*. Ano III, n. 11, p.91-98, 2005.

Internacionais

ANDRADE, Maria Cecília; VIEIRA, Caroline Sanselme; PASTORE, Ricardo Ferreira. *A responsabilidade dos administradores perante a lei de defesa da concorrência e o programa de*

prevenção de infrações à ordem econômica: Iso antitruste. Boletim Latino-Americano de Concorrência, Bruxelas/Bélgica, novembro/2004. Seção: Brasil, p.57-60.

BROWN, Adrian. *Judicial review of commission under the merger regulation: the first cases*. ECLR, v. 15, n.6, p. 296-305, 1994.

FOX, Eleanor M. *The politics of law and economics in judicial decision making: antitrust as a window*. New York University Law Review, v.61, October, 1986, p.554

MATTOS, Ubiratan, ANDRADE, Maria Cecília, VIEIRA, Caroline. Brazil. *Cartel Regulation*. Global Competition Review. Londres, 2004.

POSNER, Richard. *Wealth Maximization and Judicial Decision-Making*. International Review of Law and economics, vol.4, p.131-135, 1984.

_____. *The Rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania Decision*. The University of Chicago Law review, vol. 45, n.1, p-1-20, 1977.

Diversos

PASTORE, Ricardo Ferreira. *O controle judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*. Monografia apresentada a banca examinadora da Pontifícia

Universidade Católica como exigência parcial para obtenção de grau de bacharel em direito. 2004.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Pessoa Natural: Sujeito de Direito*. Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito. 1998.